

**Das Zwangspensionierungsverfahren
und die Pflegschaft nach § 44 BBG**

Inaugural-Dissertation
zur
zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte
bei dem
Fachbereich Rechtswissenschaften
der
Freien Universität Berlin

vorgelegt von
Wolfgang Gerhold
Referendar in Berlin

1971

1972

**Das Zwangspensionierungsverfahren
und die Pflegschaft nach § 44 BBG**



Inaugural-Dissertation
zur
zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte
bei dem
Fachbereich Rechtswissenschaften
der
Freien Universität Berlin

vorgelegt von
Wolfgang Gerhold
Referendar in Berlin

1971



Erstgutachter : Professor Dr.jur. Roman Herzog
Zweitgutachter: Professor Dr.jur. Reinhard Mußnug

Tag der mündlichen Prüfung : 4. Dezember 1972

MEINER MUTTER



Digitized by the Internet Archive
in 2026

G L I E D E R U N G

Gliederung	Seite I
Literaturverzeichnis	Seite
Einleitung	Seite
1. Teil	Seite 1
Das Zwangspensionierungsverfahren	
A Wesen, Zielsetzung und Bedeutung des Zwangspensionierungsverfahrens	
I Wesen des Verfahrens	
1. Das Zwangspensionierungsverfahren als Ergänzung des allgemeinen Verwaltungsverfahrens und besondere gesetzliche Regelung des Amtsermittlungsgrundsatzes	
2. Das Zwangspensionierungsverfahren als ausführliche Vorbereitung einer Verwaltungsentscheidung	Seite 5
II Sinn und Zweck des Zwangspensionierungsverfahrens	
1. Die Interessen der Verwaltungsbehörde und der Allgemeinheit	Seite 7
2. Die Interessen des Beamten	Seite 8
3. Die Entlastung der Gerichte	Seite 9
III Die Bedeutung des Zwangspensionierungsverfahrens	Seite 9

II

B Die Ausgestaltung des Zwangspensionierungsverfahrens	Seite 13
--	----------

I Das Eröffnungsverfahren

1. Die Einleitung des Verfahrens

a) Die Anzeichen einer Dienstunfähigkeit	Seite 14
--	----------

b) Die Mitteilung über die beabsichtigte Zurruesetzung	Seite 16
--	----------

2. Die Notwendigkeit von Ermittlungen in diesem Stadium des Verfahrens

3. Umfang der Ermittlungen und die dazu bestehenden Möglichkeiten	Seite 20
---	----------

a) Atteste	Seite 20
------------	----------

b) Auskunft des Arztes gegenüber dem Dienstherrn	Seite 20
--	----------

c) Die Notwendigkeit eines ärztlichen Gutachtens	Seite 22
--	----------

d) Die Pflicht des Beamten, sich untersuchen zu lassen	Seite 24
--	----------

e) Die Weigerung des Beamten, sich untersuchen zu lassen	Seite 25
--	----------

4. Die Dienstunfähigkeit

a) Das 'konkrete Amt'	Seite 29
-----------------------	----------

b) Die Weiterbeschäftigungspflicht des Dienstherrn	Seite 30
--	----------

c) Klärung der Begriffe : körperliche Gebrechen, Schwäche der körperlichen oder geistigen Kräfte, Dienstunfähigkeit nach Zeitablauf	Seite 31
--	----------

d) Die Dienstleistungspflicht des Beamten bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Zurruesetzung	Seite 33
---	----------

III

II Die Einwendungen des Beamten, § 44 Abs. 2 und 3 BBG

1. Die Einwendungen nach Form und Inhalt
Seite 35
 - a) Notwendigkeit einer Schriftform
und einer Begründung Seite 36
 - b) Gegenstand der Einwendungen Seite 37
2. Einhaltung der Monatsfrist Seite 38
3. Versäumung der Monatsfrist Seite 39

III Das Ermittlungsverfahren nach § 44 Abs. 4 BBG

1. Die Rechtsstellung des Ermittlungsführers
 - a) Unabhängigkeit gegenüber der Dienst-
behörde Seite 40
 - aa) Ermittlungen als unabhängige und
weisungsfreie Tätigkeit in eigener
Verantwortung Seite 41
 - bb) Vorbereitung einer Verwaltungs-
entscheidung Seite 41
 - b) Unabhängigkeit und Unvoreingenom-
menheit gegenüber dem betroffenen
Beamten Seite 42
 - c) Der Ermittlungsführer als Unter-
suchungsführer Seite 44
2. Die Rechte und Möglichkeiten des Er-
mittlungsführers, den Sachverhalt auf-
zuklären Seite 46
 - a) Die Anwendbarkeit der §§ 56 ff BDO
Seite 46
 - b) Die Hinzuziehung eines
Schriftführers Seite 46

IV

- c) Ladung und Vernehmung des Beamten
Seite 46
- d) Ladung und Vernehmung von Zeugen
und Sachverständigen Seite 47
- e) Kein Recht auf Anordnung einer Be-
schlagnahme und Durchsuchung Seite 48
- f) Anordnung einer Untersuchung in
einer Heil- und Pflegeanstalt Seite 49
- g) Das Recht des Ermittlungsführers
zur Entscheidung über den Umfang
der Ermittlungen Seite 51

3. Die Pflichten des Ermittlungsführers Seite 51

- a) Zulassung eines Rechtsbeistandes
Seite 51
- b) Gewährung von Akteneinsicht Seite 53
- c) Ladung des Beamten zu Beweiser-
hebungen Seite 53
- d) Nachprüfung aller Angaben des
Beamten Seite 54
- e) Stattgabe der Beweisanträge des
Beamten Seite 54
- f) Anhörung des Beamten Seite 54 a

4. Umfang der Ermittlungen Seite 55

- a) Umfassende und erschöpfende Er-
mittlungen Seite 55
- b) Tatsachen für und gegen den
Beamten Seite 56
- c) Tatsachen, keine Rechtsauf-
fassungen Seite 56
- d) Anstellung eigener Ermitt-
lungen Seite 57

VI

- 8. Verstoß gegen das Handlungsverbot bei Befangenheit Seite 70
- 9. Keine nachträgliche Heilung von Verfahrensmängeln im anschließenden Widerspruchs- oder Klageverfahren Seite 71

2. Teil

Die Pflegschaft im Zwangspensionierungsverfahren

A Das Wesen der Pflegschaft

- I Öffentlich-rechtliche Pflegschaft Seite 73

- II Die Pflegschaft nach § 44 BBG zum Schutz des Beamten im Zwangspensionierungsverfahren Seite 80

B Voraussetzungen einer Pflegschaftsanordnung im Zwangspensionierungsverfahren Seite 82

- I Die sachliche und örtliche Zuständigkeit im Zwangspensionierungsverfahren Seite 82

- II Die Prüfungspflicht des Amtsgerichts Seite 84

- 1. Antragsrecht des Dienstvorgesetzten
- 2. Keine Bindung des Amtsgerichts an den Antrag des Dienstvorgesetzten Seite 85
- 3. Der Amtsermittlungsgrundsatz Seite 87

VII

III Die Begründetheit einer Pflegschaftsordnung

1. Das Antragsrecht des Dienstvorgesetzten als notwendige Voraussetzung Seite 88
2. Darstellung der Auffassung in Rechtsprechung und Schrifttum Seite 89
 - a) Rechtsgrundlage § 191o BGB Seite 89
 - b) Rechtsgrundlage § 44 Abs.1 S.2 BBG i.V. mit § 191o BGB Seite 91
 - c) Rechtsgrundlage § 44 Abs.1 S.2 BBG i.V. mit § 1o4 Nr.1 und 2 BGB Seite 94
 - d) Rechtsgrundlage § 44 Abs.1 S.2 BBG im Falle einer Verständigungsunmöglichkeit, Vernandlungsunfähigkeit Seite 96
 - e) Stellungnahme vgl.121

C Wirkungskreis der Pflegschaft und die Rechtsstellung des Beamten

- I Der Pfleger als gesetzlicher Vertreter des Beamten Seite 99
 1. Die Auffassung in Rechtsprechung und Schrifttum
 2. Stellungnahme Seite 1oo
- II Der Wirkungskreis der Pflegschaft Seite 1o2
 1. Die Rechtsstellung des Pflegers
 - a) Die Stellung des Pflegers gegenüber dem Beamten und der Dienstbehörde Seite 1o2
 - b) Umfang der Rechte und Pflichten
 - aa) Der Pfleger als Zustellungsempfänger Seite 1o4
 - bb) Recht, Einwendungen zu erheben Seite 1o5

VIII

cc) Kein Recht des Pflegers, die Zurrue- setzung des Beamten zu beantragen	Seite 107
dd) Stellungnahme	Seite 108
2. Ende der Pflegschaft	Seite 113
III Die Rechtsstellung des Beamten	Seite 116
1. Die Unwirksamkeit der Erklärungen des Beamten und der an ihn gerichteten Zu- stellungen	
2. Die Anwendbarkeit des § 53 ZPO im Zwangs- pensionierungsverfahren	Seite 118
D Stellungnahme zu den Auffassungen in Rech- sprechung und Schrifttum über die Rechts- grundlage einer Pflegschaftsanordnung	
I § 44 BBG als materielle Vorschrift für eine Pflegschaft im Zwangspensionierungs- verfahren	Seite 121
II Einwilligung in die Pflegschaftsan- ordnung	Seite 125
III Geistige und körperliche Gebrechen im Sinne § 1910 Abs. 1 und 2 BGB als Voraus- setzung einer Pflegschaftsanordnung ?	Seite 127
IV Der Begriff 'zur Wahrnehmung der Rechte in diesem Verfahren nicht in der Lage sein '	Seite 132
V Verhandlungsunfähigkeit nach § 19 BDO	Seite 133
VI Verhandlungsunfähigkeit im Straf- prozeß	Seite 138

IX

VII	Geschäftsunfähigkeit im Sinne §§ 104,105 BGB als Voraussetzung einer Pflegschaftsan- ordnung	
1.	Die Durchführung des Verfahrens gegen den Pfleger als gesetzlichen Vertreter des Beamten	Seite 144
2.	Die Rechtsnatur der Verfahrenshandlungen des Beamten	Seite 149
3.	Die Fähigkeit zu rechtsgeschäftlichen Handlungen	Seite 150
4.	Verfassungskonforme Auslegung	Seite 153
VIII	Geistesschwäche im Sinne § 6 BGB als Grundlage einer Pflegschaftsanordnung	Seite 157
IX	Verhandlungsunfähigkeit im Strafprozeß und im Disziplinarverfahren als Grund einer Pflegschaftsanordnung	Seite 159
X	Verständigungsunmöglichkeit im Sinne § 1910 Abs.3 BGB als Grundlage einer Pflegschaftsanordnung nach § 44 Abs.1 S.2 BBG	Seite 160

L I T E R A T U R V E R Z E I C H N I S

- | | |
|---------------------|--|
| Bachof | Zum Problem: " Verlagerung des
Rechtsschutzes auf das Verwal-
tungsverf." DVBl. 1956, 6 ff |
| Baumbach-Lauterbach | Kommentar zur Zivilprozeßordnung,
30. Auflage, 1970 |
| Baur, Fritz | Freiwillige Gerichtsbarkeit,
Allgemeines Verfahren, 1955 |
| Behnke | Reichsdienststrafordnung, Kom-
mentar, 2. Auflage, 1940 |
| Derselbe: | Bundesdisziplinarordnung i..d.
F. vom 1.9.1953, Kommentar, 1954 |
| Beitzke | Familienrecht, 12. Auflage, 1964 |
| Bernard-Hoffmann | Beamtengesetz für Baden-Württem-
berg, Kommentar, 1964 |
| Bloedhorn | Anmerkung zum Urteil des Bay
ObLG' s vom 28.10.1966
NJW 1967, 1284 |
| Bochalli | Beamtengesetz des Landes Nord-
rhein-Westfalen, 2. Auflage, 1963 |
| Derselbe: | Bundesbeamtengesetz, Kommentar,
2. Auflage, 1958 |
| Brand | Reichsbeamtengesetz, Kommentar,
1902 |
| Derselbe: | Beamtenrecht, Systematische Dar-
stellung, 1914 |
| Derselbe: | Reichsbeamtengesetz, Kommentar,
3. Auflage, 1929 |
| Derselbe: | Das Deutsche Beamtengesetz, Kom-
mentar, 3. Auflage, 1940 |
| Derselbe: | Reichsdienststrafordnung, Kom-
mentar, 3. Auflage, 1941 |
| Breithaupt-Zoch | Kommentar zur Disziplinarordnung
des Landes Niedersachsen, 1963 |
| Becker-Riewald-Koch | Verwaltungszustellungsgesetz,
Kommentar, 1900 |
| Crisolli-Schwarz | Hessisches Beamtengesetz, Kommen-
tar, Loseblatts., Stand 1968 |

Claussen-Janzen	Bundesdisziplinarordnung, Kommentar, 1968
Dölle	Familienrecht, 1964 und 1965
Dunz	Grundrecht und Bevormundung, JZ 1960, 475 ff
Dürig	Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, AöR 81, 117 ff
Erman	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Auflage, 1965
Fischbach	Deutsches Beamtengesetz, Kommentar, 1937
Derselbe:	Deutsches Beamtengesetz, Kommentar, 2. Auflage, 1940
Derselbe :	Bundesbeamtengesetz, Kommentar , 3. Auflage, 1964
Forsthoff	Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. I, 9. Auflage, 1964
Gerhardt-Hahn-Schäufele	Beamtengesetz für das Land Baden-Württemberg, 1966, zit.: Gerhardt
Gernhuber	Familienrecht, Lehrbuch, 1964
Grabendorff-Arend	Bundesbeamtengesetz, Kommentar, 2. Auflage, 1958
Derselbe :	Beamtengesetz für das Land Rheinland-Pfalz, Kommentar, 1962
Habscheid	Zum Problem des gesetzlichen Vertreters, FamRZ 1957, 109 ff
Hamann	Das Grundgesetz, 1956
Hartmann-Janssen	Bayrisches Beamtengesetz, Kommentar, 2. Auflage, 1963
Heck	Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, 1932
Hefeke-Schmidt	Bayrisches Beamtengesetz, Kommentar, 1961
Henke	Freiheitsentziehung durch den Pfleger, FamRZ 1957, 7 ff
Henkel	Strafverfahrensrecht, Lehrbuch, 2. Auflage, 1968

Heydt, von der	Querulatorische Entwicklung, Halle, 1952
Hildebrandt-Demmler-Bachmann	Kommentar zum Beamtengesetz des Landes Nordrhein-Westfalen, Losebl.S., Stand 1969; zit.: Hildebrandt
Hippel, von	Der Deutsche Strafprozeß, 1941
Hitzelberger	Zivilrechtlich bedeutsame Neu- regelungen im Beamtenrecht, NJW 1958, 86 (87)
Hoche	Handbuch der gerichtlichen Psychiatrie, 3. Auflage, 1934
Hubmann	Grundsätze der Interessenabwägung AcP 155, 85 ff
Jansen	Kommentar zur Freiwilligen Ge- richtsbarkeit, 2. Auflage, 1969
Derselbe :	Kommentar zur Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 1. Auflage
Derselbe:	Anmerkung zum Urteil des Bundes- gerichtshofes, FamRZ 1967, 620 = JR 1968, 103 (106)
Keidel	Gesetz über die Angelegenheit der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, Kommentar, 8. Auflage, 1963
Klinger	Verwaltungsgerichtsordnung, Kom- mentar, 2. Auflage, 1964
Klüber	Der Kurator im Zwangspensionie- rungsverfahren, ZBR 1932, 13 ff
Kohlhaas	Versicherungsansprüche, Vertrau- ensarzt und Schweigepflicht, VersR 1965, 529 ff
Korn	Das Beamtenrecht des Landes Nord- rhein-Westfalen, 1962
Lehmann	Deutsches Familienrecht, 3. Aufla- ge, 1960
Leussér-Gerner	Bayrisches Beamtengesetz, Kommen- tar, 1961
Lindgen	Handbuch des Disziplinarrechts für Beamte und Richter in Bund und Ländern, 1966 und 1968

Lindgen	Der Pfleger im Disziplinarrecht, DÖD 1964, 161 ff
Löwe-Rosenberg	Kommentar der Strafprozeßordnung und des GVG's, 21. Auflage, 1963/1965
Mattern-Messmer	Verwaltungszustellungsgesetz, Kom.
Maneck-Schirr- macher	Hessisches Bedienstetenrecht, Band IV, 3. Auflage, Losebl. S., Stand 1969
Mangoldt-Klein, v.	Das Bonner-Grundgesetz, 2. Auflage, 1957
Maunz-Dirig- Herzog	Grundgesetz, Kommentar, 3. Auflage, 1969
Müller-Beck	Das Beamtenrecht in Baden-Württem- berg, Losebl. S., Stand 1969
Müller-Erzbach	Erfassen des Rechts aus den Elemen- ten des Zusammenlebens, veranschau- licht am Gesellschaftsrecht, AcP 154, 122 ff
Müller-Freienfels	Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, 1957
Müller-Sax	Kommentar zur Strafprozeßordnung, 2. Auflage, 1966
Nadler-Wittland- Ruppert	Kommentar zum Deutschen Beamten- gesetz, 1938
Peters	Der Strafprozeß, Ein Lehrbuch, 2. Auflage, 1966
Plath	Die Fortführung eines Pensionierungs- verfahrens unter Einbehaltung der des Ruhegehalt übersteigenden Dienst- bezüge und die Generalklausel, ZBR 1960, 372 ff
Plog-Wiedow	Kommentar zum Bundesbeamtengesetz, Losebl. S., Stand 1969
Reder-v. Oertzen	Verwaltungsgerichtsordnung, Kommen- tar, 3. Auflage, 1969
RGRK	Das Bürgerliche Gesetzbuch mit be- sonderer Berücksichtigung der Recht- sprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, 11. Auflage, 1959
Reindl	Kommentar zum Bayrischen Beamten- gesetz, 1914

XIV

Rheinbaden, P. von	Die prem. Diszipl. Gesetze, Kommentar, 2. Auflage, 1911
Riezler	Konkurrierendes und kollidierendes Handeln des Vertretenen und des Vertreters, AcP 98, 372 ff
Röhl	Prozeßfähigkeit Geisteskranker JZ 1956, 309 ff
Sachse-Topka	Beamtengesetz für das Land Niedersachsen, Kommentar, 1961
Schack	Ernennung und Stellung des Pflegers nach § 75 Abs. 1 DBG, Beamtenjahrbuch 1938, 222 ff
Schlegelberger	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Bd. I, 7. Auflage, 1956
E. Schmidt	Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum GVG, 2. Auflage, 1960/64
Schmidt-Ehrenthal	Beamtengesetz des Landes <u>Niedersachsen</u> , 1961
Schönke-Schröder	Kommentar zum Strafgesetzbuch, 15. Auflage, 1970
Schuegraf	Schweigepflicht des Arztes gegenüber dem Dienstherrn des Beamten NJW 1961, 961
Schulze	Das Reichsbeamtengesetz i. d. F. vom 18. 5. 1907, Handausgabe 1908
Schütz-Ulland	Beamtengesetz des Landes Nordrhein-Westfalen, 1968
Schütz	Disziplinarrecht des Bundes und der Länder, Kommentar, 1964
Derselbe:	Die Aufgaben des Untersuchungsführers, DÖD 1961, 181 ff
Derselbe:	Versetzung in den Ruhestand wegen (nachgewiesener oder vermuteter) Dienstunfähigkeit, DÖD 1965, 41 ff

- Schwarz-Kleinknecht Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum GVG, 28. Auflage, 1969
- Sellmann Die vorzeitige Zurruesetzung und die Entlassung schwerbeschädigter Beamter, DVBl. 1955, S. 113 ff
- Soergel-Siebert Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 10. Auflage, 1967, Bd. I und IV
- Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 11. Auflage, 1957 Bd. I, 1969 Bd. IV 3b
- Stein-Jonas Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 18. Auflage, 1953
- Thiele Verwaltungsakte im Beamtenrecht, DÖD 1959, 41 ff
- Tipke-Kruse Verwaltungszustellungsgesetz, Kommentar , 2. Auflage, 1961-1963
- Weiss-Kranz Bayr. Beamtengesetze , Kommentar, 2. Auflage, 1966
- Wieczorek Zivilprozeßordnung und Nebengesetze, Kommentar, Bd. I, Teil 1, 1957
- Wilhelm Aus dem Dienststrafrecht als Teil des Verwaltungsrechts, Bay VBl. 1962, 166(168)
- Wintrich Die Bedeutung der Menschenwürde für die Anwendung des Rechts, BayVbl. 1957, 177 ff
- Witaschek Aus der Rechtsprechung des Disziplinarsenats des OVG für das Land NRW , ZBR 1956, 321
- Wittland Reichsdienststrafordnung, Kommentar, 2. Auflage, 1941
- Wolff Verwaltungsrecht; Ein Studienbuch, Band I 1963, Band II 1962, Band III 1966

E I N L E I T U N G

Wenn ein Beamter infolge eines körperlichen Gebrechens oder wegen Schwäche seiner körperlichen oder geistigen Kräfte zur Erfüllung seiner Dienstpflichten dauernd unfähig ist, so ist seine Dienstbehörde verpflichtet, ihn in den Ruhestand zu versetzen, § 42 Abs. 1 BBG.

Die Feststellung der Dienstunfähigkeit des Beamten wird in § 43 und in § 44 BBG geregelt.

Nach der Vorschrift des § 43 BBG wird festgestellt, ob derjenige Beamte, der seine Zurruesetzung nach § 42 BBG beantragt, dienstunfähig ist.

Gemäß den Vorschriften des § 44 Absätze 1 bis 5 BBG wird in einem besonderen Verwaltungsverfahren festgestellt, ob derjenige Beamte dienstunfähig ist, der von seinem Vorgesetzten für dienstunfähig gehalten wird und selbst seine Zurruesetzung nach §§ 42,43 BBG nicht beantragt.

Nach Abschluß des Verfahrens, dessen Ziel erst nach Feststellung der Dienstunfähigkeit oder der Dienstfähigkeit des Beamten erreicht ist, wird das Verfahren gegen den dienstfähigen Beamten eingestellt oder der dienstunfähige Beamte wird gegen seinen ausdrücklich erklärten Willen in den Ruhestand versetzt (Zwangspensionierungsverfahren). Die Zurruesetzung des Beamten gemäß § 44 BBG erweist sich als ein schwerwiegender Eingriff in die Rechte und in die wirtschaftliche Lage des Beamten. Um daher von vorn here in und mit größter Sicherheit eine fehlerfreie Entscheidung über die Zurruesetzung des Beamten, der sich seiner Versetzung in den Ruhestand widersetzt, herbeizuführen, ist die Feststellung der Dienstunfähigkeit in einem besonderen Verwaltungsverfahren mit

II

einer Reihe von Schutzgarantien zugunsten des Beamten geregelt worden.

In dem Verfahren nach § 44 BBG erhält der Beamte Gelegenheit, Einwendungen zu erheben, Anträge zur Aufklärung des Sachverhaltes zu stellen und den Dienstherrn davon zu überzeugen, daß er entgegen der Auffassung seines Vorgesetzten dienstfähig ist. Die Aufklärung des Sachverhaltes wird einem unabhängigen Ermittlungsbeamten anvertraut, der die Tatsachen und die Umstände der Dienstfähigkeit sorgfältig und so umfassend als nur möglich festzustellen hat. Der Beamte wird in dieser Weise vor einer übereilten Entscheidung über seine Versetzung in den Ruhestand geschützt.

Die Aufgabe des Dienstherrn, einen dienstunfähigen Beamten gegen dessen Willen in den Ruhestand zu versetzen, ist schwierig in dem Fall zu erfüllen, in dem der dienstunfähige Beamte zur Wahrnehmung seiner Rechte in diesem Verfahren nicht in der Lage ist und ein Pfleger als Vertreter in dem Verfahren für ihn bestellt wird, § 44 Abs. 1 S. 2 BBG.

Der Eingriff in die Rechte des Beamten bei Durchführung einer Zwangspensionierung wird in einem solchen Fall umso schwerwiegender wirken. Der Beamte wird nicht nur gegen seinen Willen in den Ruhestand versetzt, sondern auch ohne Beachtung seiner eigenen Einwendungen und Erklärungen. Seine Erklärungen sind unwirksam. Der vom Amtsgericht bestellte Pfleger nimmt in diesem Verfahren als gesetzlicher Vertreter mit Wirkung für und gegen den Beamten die Verfahrenshandlungen vor.

Die Untersuchung und Beantwortung der Frage, wie die Rechtmäßigkeit eines solchen Eingriffs in die Rechte des Beamten garantiert werden kann, sind Anliegen dieser Arbeit und werden gesondert im zweiten Teil behandelt .

Im ersten Teil der Arbeit werden zunächst die Grundsätze des Zwangspensionierungsverfahrens dargestellt, und es wird gezeigt, daß bei einer Zwangspensionierung als schwerwiegendem Eingriff in die Rechte des Beamten es notwendig und gerechtfertigt erscheint, dasilverwaltungsverfahren förmlicher und prozeßähnlicher zu gestalten, als es sonst zu beobachten ist. Insoweit kommt in diesem Verfahren die Vorstellung zum Ausdruck, daß durch zwingende, gesetzlich ausdrücklich geregelte Form- und Verfahrensvorschriften der Versuch gelingen kann, den Einfluß leicht entstehender Versehen oder sonst unglücklicher Zufälle auf die Entscheidung und Vorbereitung schwerwiegender Verwaltungsmaßnahmen fernzuhalten.

Das Zwangspensionierungsverfahren nach § 44 BBG ist klar und übersichtlich gestaltet. Die Rechtsprechung und Lehre sind in der Beurteilung und Auslegung der Verfahrensvorschriften im wesentlichen einheitlicher Auffassung. Nur wenige unbedeutende Fragen werden unterschiedlich beurteilt. Dadurch werden das Ziel des Verfahrens, von vornherein eine fehlerhafte Entscheidung zu vermeiden, und die Rechtssicherheit in diesem Bereich des öffentlichen Rechts unterstützt.

Dagegen bestehen in der Frage der Rechtsstellung des Pflegers und in den Voraussetzungen, unter denen ein Pfleger im Zwangspensionierungsverfahren bestellt werden kann, in Literatur und Rechtsprechung erhebliche Widersprüche und unterschiedliche Auffassungen. Die Meinungen und Ansichten in ihren Begründungen, die im übrigen meist fehlen, befriedigen nicht. Oft werden Hinweise auf Stimmen in Lehre und Rechtsprechung zu den einzelnen Fragen als einzige Begründung genannt. Dadurch wird in manchen Fragen eine Übereinstimmung scheinbar angedeutet. In Wirklichkeit stellt sich eine sehr unterschiedliche Vorstellung von den Voraussetzungen und Wirkungen einer Pfleg-

schaft im Zwangspensionierungsverfahren heraus. Läßt sich auch oft noch eine Übereinstimmung in den Voraussetzungen einer Pflegerschaft erkennen, so zeigt sich jedoch über den Wirkungskreis einer Pflegerschaft eine unterschiedliche Auffassung. Die einzelnen Fragen zu der Pflegerschaft im Zwangspensionierungsverfahren werden in Rechtsprechung und im Schrifttum nicht im Zusammenhang und als Teile eines einheitlichen Verfahrens gesehen.

Diese Widersprüche und Unklarheiten in der Beurteilung der Pflegerschaft im Zwangspensionierungsverfahren bewirken eine unerfreuliche Unsicherheit in der Durchführung des Verfahrens. Die Rechtssicherheit, die in Rechtsprechung und Schrifttum zum Zwangspensionierungsverfahren, in dem k e i n Pfleger mitwirkt, durch eine klare einheitliche Auslegung der Verfahrensvorschriften herbeigeführt wurde, wird dadurch gefährdet. Sinn und Zweck des Verfahrens, eine fehlerhafte Entscheidung von vornherein zu vermeiden, werden in Frage gestellt.

Deshalb ist es notwendig, die Grundsätze im Zwangspensionierungsverfahren sorgfältig aufeinander abgestimmt darzustellen und die Rangordnung dieser Grundsätze zueinander herauszuarbeiten. Unter Berücksichtigung der Grundsätze des Zwangspensionierungsverfahrens lassen sich die Fragen der Pflegerschaft in diesem Verfahren widerspruchsfrei beantworten.

Im übrigen wird sich die Arbeit auf das Zwangspensionierungsverfahren in der Vorschrift § 44 BBG beziehen. Die Regelungen in den Beamtengesetzen der Länder sind denen des Bundesbeamtengesetzes sehr ähnlich, da § 44 Abs. 1 BBG und § 26 Abs. 1 BRRG übereinstimmen und die Länder gemäß § 1 BRRG verpflichtet sind, ihr Beamtenrecht nach den Vorschriften des BRRG's unter Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums und der gemeinsamen Interessen des Bundes und der Länder zu regeln.

1. T E I L

Das Zwangspensionierungsverfahren

A Wesen, Zielsetzung und Bedeutung des Zwangspensionierungsverfahrens

I Das Wesen des Verfahrens

1. Das Zwangspensionierungsverfahren als Ergänzung des allgemeinen Verwaltungsverfahrens und besondere gesetzliche Regelung des Amtsermittlungsgrundsatzes

Das Verwaltungsverfahren ist die Tätigkeit von Verwaltungsbehörden, die den Erlass einer behördlichen Maßnahme, insbesondere eines Verwaltungsaktes betrifft. Die Behörde muß den der Verwaltungsmaßnahme zugrunde liegenden Sachverhalt aufklären, das Gesetz auslegen und vollziehen.

Dieser Ablauf der von den Behörden zu erfüllenden Aufgaben ist im einzelnen nicht einheitlich geregelt. In einigen Bundesländern bestehen Verwaltungsverfahrensgesetze, in denen das allgemeine Verwaltungsverfahren mehr oder minder unvollständig normiert ist. In sehr vielen anderen Landes- und Bundesgesetzen finden sich vereinzelt weitere verfahrensrechtliche Vorschriften.¹⁾

Da die gesetzlichen Grundlagen zerplittert und lückenhaft²⁾ sind, haben die Beauftragten des Bundes und der Länder im Jahre 1963 einen Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes geschaffen. In diesem Gesetzesentwurf, in Rechtsprechung und Literatur sind wesentliche Grundsätze³⁾ des allgemeinen Verwaltungsverfahrens

1) Wolff, Bd. III §§ 156 ff gibt einen guten Überblick über die einzelnen Landesvorschriften

2) Forsthoff Bd. I S. 199 ff, 214 ff

3) Nach dem Grundsatz der Nichtförmlichkeit ist das allgemeine Verwaltungsverfahren an bestimmte Formen nicht gebunden (Forsthoff Bd. I S. 210). Es ist

gebildet worden.

Das allgemeine Verwaltungsverfahren wird ergänzt durch besondere verfahrensrechtliche Regelungen auf den verschiedensten Gebieten des Verwaltungsrechts in einigen Bundes- und Landesgesetzen. Der Unterschied zum allgemeinen Verfahren besteht jedoch oft nur in besonderen Einzelheiten, indem z.B. einzelne Verfahrensgrundsätze oder einzelne Verfahrensabschnitte in einem besonderen förmlichen Verfahren gesetzlich ausdrücklich geregelt sind, wie z.B. im sog. Beschlufverfahren

einfach und zweckmäßig durchzuführen, wobei hier die Schnelligkeit und Billigkeit des Verfahrens zu betonen sind (Wimmer MDR 1962, 11).

Weiterhin ist der Grundsatz der Gewährung rechtlichen Gehörs zu beachten. Das allgemeine Verwaltungsverfahren ist parteiöffentlich und nur öffentlich, soweit eine solche gesetzliche Vorschrift ausdrücklich besteht (Wolff Bd. III § 156 IVf).

Wenn eine gesetzliche Vorschrift fehlt, ist den Beteiligten nur soweit Akten-einsicht zu gewähren, wie es nach dem Ermessen der Behörde für erforderlich zu halten ist.

Hinsichtlich der Regelung über Gang und Inhalt des Verwaltungsverfahrens stehen Offizial- und Dispositionsmaxime nebeneinander. Die Dispositionsmaxime gilt jedoch nur dann, wenn die Behörde aufgrund von Rechtssätzen auf den Antrag des Beteiligten hin tätig werden muß bzw. ohne Antrag nicht handeln darf. Dagegen gilt die Offizialmaxime in all den Fällen, in denen die Entscheidung im Ermessen der Behörde steht oder die Beteiligten verpflichtet werden bzw. Eingriffe in ihre Rechte beabsichtigt sind.

Mit der Untersuchungsmaxime ist der wesentliche Grundsatz im Hinblick auf das Zwangspensionierungsverfahren genannt. Er ist bei der Vorbereitung einer behördlichen Maßnahme zu beachten. Die Behörde hat dazu in der Regel alle ihr erforderlich erscheinenden Beweise zu erheben. Sie hat von Amts wegen den Sachverhalt zu erforschen, also die materielle Wahrheit zu ermitteln.

auf den verschiedensten Gebieten des Verwaltungsrechts¹⁾ und im Raumplanungsverfahren des Baurechts.

Die besondere Ausgestaltung eines einzelnen Grundsatzes im Ablauf des allgemeinen Verwaltungsverfahrens auf dem Gebiet des Beamtenrechts ist im Zwangspensionierungsverfahren nach § 44 BBG zu erkennen. Im Zwangspensionierungsverfahren ist dem Grundsatz der Ermittlung der materiellen Wahrheit der Vorrang eingeräumt worden vor den Grundsätzen der Rechtssicherheit, der Schnelligkeit und der Billigkeit des Verfahrens²⁾.

1) Der Sinn und Zweck eines Beschlußverfahrens besteht darin, daß das Zustandekommen einer behördlichen Entscheidung gesetzlich besonders geregelt ist. Ein Beschlußverfahren wird z.B. immer dann zweckmäßig sein, wenn an der zu treffenden Entscheidung mehrere, verschiedene Behörden mitwirken und die Interessen und Aufgaben mehrerer Behörden berührt werden. Sobald die weisungsfreien Entscheidungen der Ausschüsse nach Abschluß eines Beschlußverfahrens bekannt gegeben worden sind, werden diese wirksam und die Beteiligten sind an diese Entscheidung gebunden mit der Ausnahme, daß die Entscheidung des Ausschusses auf die Klage eines Beteiligten hin aufgehoben wird.

Bei einer Vielzahl von verschiedenen Beteiligten dient die Entscheidungsmöglichkeit der Ausschüsse mit der Wirkung für und gegen jeden Beteiligten dem Grundsatz der Rechtssicherheit und dem der raschen und wirksamen Entscheidung. Auf einem anderen Weg wären oft die Maßnahmen, die schnell und kurzfristig zu entscheiden sind und die mehrere Beteiligte angehen, nur schwer und nur mit weit mehr Zeitaufwand zum Abschluß zu bringen als in einem Beschlußverfahren (Vgl. Wolff Bd. III § 157).

2) BVwG VI C 56/63 vom 17.10.1966, Seite 9 ... "der Beamte soll vor einer übereilten Zurrufesetzung geschützt werden." (ZBR 67,148(149)).

Wenn zwar schon im allgemeinen Verwaltungsverfahren der Grundsatz der Amtsermittlung zu beachten ist, so schließt deshalb die Untersuchungsmaxime nicht schon aus, daß bei einigen Verwaltungsmaßnahmen das rechtliche Interesse an der Gründlichkeit der Untersuchung dem der raschen und billigen Erledigung behördlicher Aufgaben weichen muß (Wolff Bd. III § 156 IVc3; Wimmer MDR 1962, 11 (12)). Im allgemeinen Verwaltungsverfahren hat die Behörde zu entscheiden, welchem Grundsatz der Vorrang einzuräumen ist. Bei einigen verwaltungsrechtlichen Maßnahmen werden jedoch die Prioritäten unter den Grundsätzen durch eine besondere Ausgestaltung eines bestimmten Grundsatzes oder durch eine gesetzlich ausdrückliche Regelung eines bestimmten Verfahrensabschnittes gesetzt.

So wird im Zwangspensionierungsverfahren ein Grundsatz des allgemeinen Verwaltungsverfahrens, nämlich der Grundsatz der Amtsermittlung im einzelnen gesetzlich geregelt, und zwar für die Bundesbeamten in § 44 Abs. 3 BBG und für die Landesbeamten in den entsprechenden Vorschriften der jeweiligen Landesbeamtengesetze¹⁾.

Der Ermittlung des Sachverhaltes von Amts wegen wird namentlich immer dann durch eine gesetzlich ausdrückliche Regelung eine besondere Bedeutung zugemessen, wenn Verwaltungsentscheidungen schwerwiegende Eingriffe in die Rechtssphäre des Betroffenen enthalten oder erhebliche Auswirkungen auf seine wirtschaftliche Lage haben und ein Irrtum über den zur Regelung vorliegenden Sachverhalt ausgeschlossen werden muß. Hier hat der Grundsatz der raschen und billigen Entscheidung im Verwaltungsverfahren hinter dem Grundsatz der sorgfältig und gründlich vorbereiteten Verwaltungsentscheidung zurückzutreten²⁾.

Das Zwangspensionierungsverfahren wird in den Fällen eingeleitet, in denen Dienstgeschäfte eines Beamten aufgrund seiner dauernden Dienstunfähigkeit nicht mehr ausgeübt werden und der Beamte trotz seiner Dienstunfähigkeit seine Versetzung in den Ruhestand nicht beantragt. Die Zuruhesetzung des Beamten kann dann ohne oder gegen seinen Willen nach Durchführung des Zwangspensionierungsverfahrens ausgesprochen werden.

Das Verfahren wird dadurch eingeleitet, daß der Dienstvorgesetzte dem Beamten die beabsichtigte Versetzung in den Ruhestand mitteilt. Der Fortgang des Verfahrens

1) Dem § 44 BBG entspricht § 49 LBG Bawü, Art. 58 BayBG, § 79 blnBG, § 53 hessBG, § 56 ndsBG, § 47 nwBG, § 58 rh-pfBG, § 56 schhBG.

2) Schütz-Ulland Anm. 3, 7 zu § 47 nwBG; Schütz DÖD 1961, 181, ".... die Beschleunigung darf nicht auf Kosten der Gründlichkeit gehen", zum Disziplinarverfahren.

wird im weiteren durch das Verhalten des Beamten selbst bestimmt.

Wehrt sich der Beamte gegen die beabsichtigte Zurruhesetzung nicht, so prüft die Dienstbehörde von Amtswegen den Sachverhalt und entscheidet über die Versetzung des Beamten in den Ruhestand, § 44 Abs. 2 BBG. Erhebt der Beamte jedoch gegen die beabsichtigte Zurruhesetzung Einwendungen, so werden diese im Fall der Fortführung des Verfahrens, sowie der gesamte Sachverhalt von einem unabhängigen und weisungsfreien Ermittlungsführer untersucht und in einem Ermittlungsbericht als Vorbereitung der Entscheidung der Dienstbehörde über die Versetzung des Beamten in den Ruhestand zusammengefaßt, § 44 Abs. 3 und 4 BBG. Die Rechte und Pflichten des Ermittlungsführers sind im einzelnen durch gesetzliche Vorschriften geregelt, § 44 Abs. IV S. 2 2.HS i.V. mit § 59 ff BDO.

Der Ermittlungsbericht ist für die Dienstbehörde hinsichtlich der Tatsachenfeststellungen bindend¹⁾ und dient dieser als Grundlage für die von ihr zu treffende Entscheidung über die Zurruhesetzung des Beamten.

2. Das Zwangspensionierungsverfahren als ausführliche Vorbereitung einer Verwaltungsentscheidung

Im Zwangspensionierungsverfahren wird durch die Bestellung eines unabhängigen Ermittlungsbeamten die Möglichkeit geschaffen, daß eine Verwaltungsentscheidung aufgrund einer lückenlosen Klärung des Sachverhaltes sorgfältig und gründlich vorbereitet werden kann.

1) Vgl. unten Seite 62 ; Plog-Wiedow Anm. 11 zu § 44 BBG

2) Vgl. Seite 61 der Arbeit; BVwG II C 61/64 vom 16.9.65 Seite 10; Weiss-Kranz Anm. 8 zu Art. 58 BayBG; Schütz-Ulland Anm. 3,7 zu § 47 nwbG

In dem Merkmal "Vorbereitung" einer Verwaltungsmaßnahme unterscheidet sich das Zwangspensionierungsverfahren seinem Wesen nach von anderen Verwaltungsverfahren und insbesondere vom Vorverfahren gemäß § 68ff VwGO¹⁾. Im Zwangspensionierungsverfahren wird keine von einer anderen Behörde schon getroffene Entscheidung auf ihre Recht- und Zweckmäßigkeit erneut überprüft, bestätigt oder korrigiert, sondern es soll eine Entscheidung erst ermöglicht werden, die von vornherein Fehler weitgehend ausschließt²⁾. Im allgemeinen Verwaltungsverfahren ist die Behörde bemüht, zunächst den ihr bekannten Sachverhalt rechtlich zu würdigen und ihn dann soweit aufzuklären, als die zu treffende Entscheidung mit einer vertretbaren und rechtlich haltbaren Auffassung begründet werden kann.

Im Zwangspensionierungsverfahren wird dagegen eine fehlerfreie Entscheidung dadurch zu erreichen gesucht, daß der Sachverhalt zunächst erschöpfend und widerspruchsfrei aufgeklärt wird und Irrtümer über Tatsachen soweit als möglich ausgeschlossen werden. Insoweit kommt in der Ausgestaltung des Zwangspensionierungsverfahrens die Auffassung zum Ausdruck, daß bei einer erschöpfenden Aufklärung des Sachverhaltes die Entscheidung häufig auf eine rechtlich einfache und meist unstreitige Auslegung des Gesetzes zurückgeführt bzw. gestützt werden kann. Ist nämlich ein Sachverhalt in den wesentlichen Punkten und Beziehungen der einzelnen Tatsachen zueinander aufgeklärt, dann ergibt sich oft die rechtliche Beurteilung des Sachverhaltes von selbst. So stellt sie sich weniger problematisch dar, als wenn die Ermittlungen vorzeitig abgebrochen werden. Eine fehlerhafte Entscheidung wird nicht ausgeschlossen, wenn der Sachverhalt nur soweit aufgeklärt wurde, daß die Entscheidung mit einer ver-

1) BVwG II C 10/63 vom 22.10.1964, S.10 (ZBR 65,151(152))

2) blnOVGIII B 32/65 vom 21.3.1967, S.26; BVwG II C 10/63 S.8; HessVGH ZBR 1959,79; Weiss-Kranz Anm.8 zu Art 58 BayBG

tretbaren, aber rechtlich bestrittenen Auffassung begründet werden kann.

II Sinn und Zweck des Zwangspensionierungsverfahrens

Der Sinn und Zweck eines Verfahrens wird in seiner rechtspolitischen und verfahrenswirtschaftlichen Zielsetzung gesehen. Demnach sind die Interessen und Belange der am Verfahren Beteiligten darzustellen.¹⁾

1. Die Interessen der Verwaltungsbehörde und der Allgemeinheit

Die erwaltungsbehörde hat dafür zu sorgen, daß ein dienstunfähiger Beamter keine Planstelle mit einem vollen Gehalt inne hat, da er wegen seiner Dienstunfähigkeit keine Dienstleistungen erbringt. Im Interesse einer ordnungsgemäßen Wirtschaftsführung²⁾ verfolgt die Verwaltungsbehörde den Zweck, die Allgemeinheit vor ungerechtfertigten Versorgungslasten zu bewahren³⁾.

Darüberhinaus ist ein Interesse der Verwaltung in folgenden Erwägungen zu erkennen: Während das Vorverfahren nach § 68 ff VwGO den Sinn und Zweck hat, der Behörde die Möglichkeit einzuräumen, den eigenen Standpunkt bei einer schon getroffenen Entscheidung erneut zu überprüfen und evtl. begangenes Unrecht durch eine verwaltungsinterne Selbstkontrolle wieder gutzumachen, verfolgt das Zwangspensionierungsverfahren den Zweck, eine Verwaltungsentscheidung unter allen Umständen von v o r n h e r e i n fehlerfrei zu treffen⁴⁾. Es

1) Heck, Begriffsbildung... ,Seite 43 ff(46); vgl. S. 83 n 5

2) BVwG VI C 76/64 vom 16.8.1967, S. 10, 2 BR 68, 43 (43)

3) BVwG VI C 56/63 vom 17.10.1960, S. 8/9, 2 BR 67, 148 (149)

4) BVwG II C 10/63 vom 22.10.1964, S. 8, 2 BR 65, 151

soll der Behörde eine unvoreingenommene und unter Berücksichtigung der Einwendungen des Beamten abgewogene, abschließende¹⁾ und keineswegs übereilte²⁾ Entscheidung ermöglicht werden. Gerade eine Entscheidung, die übereilt getroffen wurde, ist meist unausgeglichen, einseitig und somit oft fehlerhaft.

In dem vorrangigen Bestreben, eine fehlerhafte Entscheidung weitgehend auszuschließen, bewahrt sich die Behörde gleichzeitig vor vermeidbaren Prozessen, die für sie nur zu einer weiteren Arbeitsbelastung führen und sie ihren eigentlichen Aufgaben entziehen würden.

2. Die Interessen des Beamten

Die Interessen des Beamten sind denjenigen der Verwaltungsbehörde im Zwangspensionierungsverfahren entgegengesetzt.

Sinn und Zweck des Verfahrens bestehen deshalb vornehmlich darin, die Interessen beider Beteiligten zu einem sachgerechten Ausgleich zu bringen.⁵⁾

Dieses Ziel wird dadurch zu erreichen gesucht, daß dem Beamten die Gelegenheit gegeben wird, in einem ordgemäßen Verfahren, dessen Gang von einem unabhängigen Ermittlungsbeamten bestimmt wird, seine Einwendungen vorzutragen. In der gesetzlich geregelten Pflicht des Ermittlungsbeamten, den Angaben des Beamten nachzugehen³⁾ und seinen sachdienlichen Beweisanträgen stattzugeben, zeigt sich die in diesem Verfahren beabsichtigte Schutzgarantie⁴⁾ zugunsten des Beamten.

1) Schütz-Ulland Anm. 3/7 zu § 47 nwbG

2) BR 67, 148 (149) 2) BVwG VI C 56/63, S. 8/9; HessVGH ZBR 1959, 79; Weiss-Kranz Anm. 8 zu Art. 58 BayBG; Schütz DÖD 1965, 41 (47)

3) BVwG II C 61/64 vom 16.9.1965, S. 10/12/13; 2BR 67, 148 (149)

4) BVwG a.a.O. S. 12; BVwG VI C 56/63 vom 17.10.1966, S. 8/9

2BR 68, 43 (44) BVwG VI C 76/64 vom 10.8.1967, S. 10; Weiss-Kranz Anm. 8

zu Art. 58 BayBG; Gerhardt Anm. 1 zu § 49 LBG Bawü;

Hartmann-Janssen Anm. 1 zu Art. 58 BayBG

Schütz DÖD 1965, 41 (47) V E

5) Heck Seite 46: "Der Zweck (des Gesetzes) ist die Förderung der überwiegenden Interessen". Müller-Erzbach AcP 154, 299 (313/4); Hubmann AcP 155, 85 (89/92)

3. Die Entlastung der Gerichte

Aufgrund der Tatsache, daß der Sachverhalt durch einen unabhängigen Beamten, der die Aufgabe und Pflichten der jeweiligen Dienstbehörde kennt, erschöpfend aufgeklärt werden soll, wird das Gericht zur Ermittlung des Sachverhaltes weit weniger als in anderen Verwaltungsverfahren verpflichtet. Zwar ist das Gericht nicht an den von dem Ermittlungsbeamten vorgetragenen Sachverhalt gebunden¹⁾, es kann jedoch die Verfügung über die Versetzung des Beamten in den Ruhestand schon mit der Begründung aufheben, daß der Sachverhalt vom Ermittlungsführer nicht ausreichend und erschöpfend aufgeklärt und ermittelt wurde.²⁾

In dieser Form der Ausgestaltung eines Verwaltungsverfahrens hat das Zwangspensionierungsverfahren eine Entlastung der Gerichte zur Folge³⁾.

III Die Bedeutung des Zwangspensionierungsverfahrens

Alle Umstände des Sachverhaltes erfahren durch die Tätigkeit eines unabhängigen Beamten desselben Verwaltungszweiges, dem der betroffene Beamte angehört, regelmäßig eine umfassendere und lebensnähere Beurteilung vor allem in tatsächlicher Hinsicht, als es eine spätere Ermittlung des Sachverhaltes durch ein Verwaltungsgericht erreichen kann. Aus diesem Grunde ist die im allgemeinen von der Verwaltung wie auch von den Gerichten gleichermaßen zu erfüllende Aufgabe, den Sachverhalt von Amts wegen zu ermitteln, im Zwangspensionierungsverfahren weitgehend auf die Verwaltung verlagert worden, und die Gerichte können die Verfügung über die

1) BVwG VI C 46/63 vom 21.10.1966, Buchholz Nr.8 zu § 42 BBG, S.43;

2) Weiss-Kranz Anm. 8 zu Art.58 BayBG; Vgl. Seite 64 der Arb.

3) Ule DVBl 1958, 9. "Die Schaffung eines förmlichen Verwaltungsverfahrens würde die Gerichte entlasten..".

Zurruhesetzung des Beamten aufheben, wenn der Ermittlungsführer den Sachverhalt nicht erschöpfend und umfassend aufgeklärt hat.¹⁾

Die gesetzliche Regelung des § 44 BBG wird in ihrer Bedeutung erkannt und deutlich gemacht, wenn der Ablauf eines Zwangspensionierungsverfahrens und die Gründe der Dienstunfähigkeit festgehalten werden, wie sie sich in den meisten Tatbeständen der Urteile gerichtlich entschiedener Zwangspensionierungen darstellen. An den Krankheitsbildern, die zur Dienstunfähigkeit und am Ende einer gerichtlichen Auseinandersetzung zur Zwangspensionierung führten, fällt bei einem Vergleich der einzelnen Urteile des Bundesverwaltungsgerichts und der verschiedenen Oberverwaltungsgerichte auf, daß es sich meist um psychische Erkrankungen des betroffenen Beamten handelte.^{1a)}

Die Krankheitsbilder reichen von Psychopathie²⁾ bis zu charakterlichen Absonderlichkeiten³⁾ und schweren Neurosen⁴⁾ mit sensitiven und querulatorischen Zügen.⁵⁾ Das Verhalten des Beamten wird als psychopathisch⁶⁾ bezeichnet, der Mangel an Selbstbeherrschung⁷⁾ wird gerügt, ein anderes Mal werden neben organischen Erkrankungen eine allgemeine Übererregbarkeit⁸⁾ festgestellt oder es stellt sich neben der Schwäche der psychischen Kräfte⁹⁾ ein unverträgliches, streitsüchtiges Wesen¹⁰⁾ des Beamten heraus.

1) Vgl. Bachof DVBL 1958, 6(7/8) zu dem Problem 'Verlagerung des Rechtsschutzes auf das Verwaltungsverfahren

1a) Bei physischen Erkrankungen ist die Bereitschaft des Betroffenen eher anzutreffen, ihre Dienstunfähigkeit einzusehen.

2) Hess VGH ZBR 1960, 324 (325)

3) BaWü VGH DVBL 1950, 608/9

4) BVwG ZBR 1965, 151; 1966, 178

5) BVwG ZBR 1967, 335; 1965, 346; DÖD 1965, 111

6) BVwG ZBR 1967, 335; ZBR 1965, 346

7) BVwG ZBR 1967, 335

8) BVwG ZBR 1967, 148; Hess VGH ZBR 1962, 218
BVwG ZBR 1965, 151; 1966, 194

9) BVwG ZBR 1967, 335

10) BVwG VRsp 16, 49

Die Diagnose lautet wiederholt Wahnvorstellungen¹⁾ die in unsinnigen Anschuldigungen²⁾ und gesteigertem Mißtrauen des betroffenen Beamten gegenüber seinen Kollegen, der Dienstbehörde und den Gerichten zum Ausdruck kommen.

Vor einer Zwangspensionierung wird meist ein Umgebungs- und Arbeitsplatzwechsel³⁾ empfohlen. Es folgen Versetzungen und Krankmeldungen⁴⁾. Bei impulsiven, psychischen Reaktionen fehlt die Einsicht in die eigenen Mängel⁵⁾. Das Verhalten der Kollegen wird vom betroffenen Beamten überbewertet⁶⁾. Er sieht in der fehlenden Anerkennung durch seine Kollegen und in einer ungünstigen Beurteilung⁷⁾ Schikane, Feindschaft und Mißtrauen seiner Kollegen⁸⁾. Es kommt aus nichtigen Anlässen zu Streit und Beschuldigungen, die oft aus verworrenen und nicht zu klärenden Vorgängen bestehen.

Aufgrund unablässiger Streitigkeiten in der Umgebung des betroffenen Beamten werden die Dienstaufgaben nicht erfüllt⁹⁾, und es wird auf Seiten der Dienststelle festgestellt, daß es sich bei dem betroffenen Beamten um eine Persönlichkeit handelt, deren Reibungen mit der Umwelt nur als Folge krankhafter Reaktionen verständlich seien¹⁰⁾.

Wiederholte Aufforderungen der Behörde und der Gerichte, sich ärztlich untersuchen zu lassen, werden von dem betroffenen Beamten häufig abgelehnt.¹¹⁾

Die Anlässe der Streitigkeiten lassen sich meist auf ihre Ursachen hin nicht klären. Die tatsächlich vorhandenen Störungen des Dienstbetriebes können bei der Ermittlung des Sachverhaltes manchmal nur schwer im

1) BVwG II C 61/64 vom 10.9.1965, S.7; BayObLG E1904, 346/9

2) BVwG wie zu 1) u. BVwG VI C 35/62 vom 28.8.1964, S.2;

3) BVwG II C 102/64 vom 6.7.1967, S.6/7; DÖD 62, 111

4) wie zu 3) ZBR 67, 335,

5) HessVGH ESVG 5, 104 (105);

6) BVwG II C 102/64 vom 6.7.1967, S.6/7, ZBR 67, 335

7) BVwG II C 32/65 vom 26.1.1967, Buchholz Nr.4, S.44, S.42

8) BVwG II C 102/64 vom 6.7.1967, S.6/7, ZBR 67, 335

5, 151 9) BVwG II C 10/63 vom 22.10.1964, S.4; BVwG VI C 176, 61 vom 24.6.1965, S.2; ZBR 65, 346

10) BVwG VI C 225/61 vom 20.2.1963, VRsp 16, 49

11) wie zu 8); HessVGH ZBR 1962, 218; BVwG wie zu 1) ;

BVwG II C 41/62 vom 22.7.1965, S.2/3/4, ZBR 66, 178

einzelnen beschrieben und konkret festgestellt werden.

Bei der Beurteilung der Dienstunfähigkeit werden von dem betroffenen Beamten immer wieder Anlässe und Gründe für die Streitigkeiten und für das von der Dienstbehörde gerügte Verhalten genannt. Darüberhinaus beruhen die psychiatrischen Gutachten, die zur Beurteilung des Beamten angefordert und erstellt werden, auf Mitteilungen über das Verhalten und die Persönlichkeit des Beamten. Die Schilderungen sind auf Befragen seiner Kollegen und Vorgesetzten und dem Behördenpublikum entstanden. Die Dienstbehörde bzw. der Ermittlungsführer hat die Anlässe und die Gründe des gerügten Verhaltens und der Streitigkeiten zwischen dem betroffenen Beamten und seinen Kollegen im einzelnen zu ermitteln und auf ihre Gegebenheiten und Tatsächlichkeiten hin zu überprüfen. Sie werden damit Gegenstand des Zwangspensionierungsverfahrens und das Verhalten des Beamten muß in seinen konkreten Einzelheiten aufgezeigt¹⁾ und bewiesen werden.

Ohne daß die Gründe für das gerügte Verhalten des Beamten tatsächlich festgestellt werden kann die Frage nicht beantwortet werden, ob die genannten Gründe für eine behauptete Dienstunfähigkeit außerhalb der Person des Beamten liegen oder ob die Gründe in der Persönlichkeit eines psychisch Kranken zu finden sind und die Feststellung der Dienstunfähigkeit rechtfertigen.

Aus den hier geschilderten Gründen einer Dienstunfähigkeit ergibt sich, daß der Sachverhalt einer Zwangspensionierung sich in der Sache und im Ablauf oft sehr kompliziert darstellt. Das Verständnis des Sachverhaltes ist mit den Gegebenheiten und der Kenntnis des Dienstablaufes der jeweiligen Verwaltungsbehörde eng verbunden. Es werden Ermittlungen im Bereich der privaten Sphäre des Beamten angestellt

1) BVwG VI C 176/61 vom 24.6.1965, S. 10, 2BR 65, 346 (347)

Die Personalakten des Beamten werden zu den Ermittlungen herangezogen. Der Gesundheitszustand und das Privatleben des Beamten werden auf ihren Erklärungswert im Hinblick auf die Dienstunfähigkeit des Beamten ermittelt. Der durch Geheimhaltungspflichten geschützte Privatbereich des Beamten wird berührt.

In diesem Zusammenhang stellt sich das Zwangspensionierungsverfahren mit dem Ziel, den Sachverhalt durch einen Beamten des jeweiligen Verwaltungszweiges erschöpfend aufklären zu lassen, deutlich als eine sachlich richtige Regelung heraus. Insbesondere zeigt sich die Bedeutung des Zwangspensionierungsverfahrens darin, daß die umfangreichen Ermittlungen in einem 'nur' parteiöffentlichen Verfahren innerhalb des Behördenbereiches, dem der betroffene Beamte angehört, durchgeführt werden und sich als ein weniger schwerer Eingriff in die Privatsphäre des Beamten erweisen als Ermittlungen in einem öffentlichen, gerichtlichen Verfahren¹⁾. Oft werden sich erst nach einer umfassenden Aufklärung des Sachverhaltes manche Mitteilungen aus dem Privatbereich des Beamten für das Verfahren als unwichtig herausstellen, und sie können dann in einem öffentlichen, gerichtlichen Verfahren unerörtert bleiben.

B Die Ausgestaltung des Zwangspensionierungsverfahrens

Das Zwangspensionierungsverfahren gliedert sich in zwei große Abschnitte, in ein Eröffnungsverfahren ,§ 44 Abs.1 BBG, und in ein Ermittlungsver-

1) Der Ausschluß der Öffentlichkeit kann nicht damit in einem gerichtlichen Verfahren begründet werden, daß der Inhalt von Krankenblättern oder sonst persönliche Verhältnisse von Patienten zu erörtern sind(BGH NJW 1967/687 für das Strafverfahren).

fahren,¹⁾ § 44 Abs. 4 BBG. In den Absätzen 2 und 3 des § 44 BBG sind die Voraussetzungen genannt, unter denen sich an ein Eröffnungsverfahren ein Ermittlungsverfahren anschließt.

I Das Eröffnungsverfahren

1. Die Einleitung des Verfahrens

a) Die Anzeichen einer Dienstunfähigkeit

Die Zuruhesetzung eines Beamten wird eingeleitet, wenn der Dienstvorgesetzte den Beamten für dienstunfähig hält und dieser seine Versetzung in den Ruhestand gemäß § 43 BBG nicht beantragt, § 44 Abs. 1 Satz 1 BBG.

Der Vorgesetzte des Beamten stellt die Dienstunfähigkeit an der von ihm zu beurteilenden Dienstleistung und aufgrund der ärztlichen Atteste fest, die den Entschuldigungen für längeres Fernbleiben vom Dienst beigefügt sind. Sie kann mit Hilfe derjenigen ärztlichen Diagnosen beurteilt werden, die auf den Arztrechnungen des Beamten vermerkt sind und dem Dienstvorgesetzten durch die Beihilfeanträge des Beamten bekannt werden können.

Wichtiges Anzeichen einer Dienstunfähigkeit sind zunächst einmal die fehlenden Dienstleistungen, sowie die schlecht oder mangelhaft erfüllten Dienstaufgaben des Beamten. Die fehlenden oder mangelhaften Dienstleistungen stören bei Wiederholungen und langer Erkrankung²⁾ des Beamten den Ablauf der Dienstgeschäfte

1) Grabendorff-Arend Anm. 2 a, c zu § 53 rh-pfBG; Hartmann-Janssen Anm. 2, 3 zu Art. 58 BayBG; Weiss-Kranz Anm. 1 zu Art. 58 BayBG; Hildebrandt Anm. 2 zu § 47 nwBG

2) BVwG II C 56/63 vom 17.10.1966, S. 10/11, 2 BR 67/148 (149)

der Behörde erheblich.

Die Dienstunfähigkeit knüpft gemäß § 42 Abs.1 BBG unmittelbar an die Nichterfüllung der Dienstpflichten an. Dadurch wird deutlich, daß nicht nur die Nichterfüllung der Dienstleistungen, sondern auch die Verletzung seiner Dienstpflichten zur Dienstunfähigkeit führen kann.

Zu den Pflichten eines Beamten gehört neben der Wahrung des Arbeitsfriedens die reibungslose Zusammenarbeit mit seinen Kollegen und anderen Behörden.¹⁾ Eine gute Zusammenarbeit mit seinen Kollegen ist nur möglich, wenn sie auf Vertrauen beruht. Ohne gegenseitiges Vertrauen und Verständnis²⁾ läßt sich eine schwere und verantwortungsvolle Arbeit kaum erfolgreich und reibungslos bewältigen. Herrscht unter den Mitarbeitern Mißtrauen oder gar Feindschaft, zeigt sich der Beamte streitsüchtig und unverträglich, reagiert er auf Korrekturen seiner Arbeiten impulsiv und fehlt ihm die Einsicht in eigene Fehler und Irrtümer, so ist eine reibungslose Zusammenarbeit nur schwer möglich. Durch wiederholte Streitigkeiten wird der Arbeitsfriede bzw. der Ablauf der gesamten Dienstgeschäfte gestört und eine den Anforderungen des Amtes entsprechende Dienstleistung ausgeschlossen.³⁾

Ein weiteres Anzeichen für die Dienstunfähigkeit ist somit die Störung des Arbeitsfriedens und der reibungslosen Zusammenarbeit innerhalb des Dienstbetriebes.

Die Nichterfüllung der einzelnen Dienstpflichten kann jedoch nur dann ein sicheres Anzeichen einer Dienstunfähigkeit sein, wenn der Ausfall der Dienstleistungen für eine längere Zeit bzw. dauernd zu erwarten ist oder die Störungen des Dienstbetriebes

1) BVwG II C 32/65 vom 26.1.1967, Buchholz Nr.9 zu § 42 BBG, S.45

2) HessVGH ZBR 1960, 324(325)

3) BVwG II C 32/65 vom 26.1.1967, Buchholz Nr.9, S.45 zu § 42 BBG

sich häufig wiederholen¹⁾

Das Merkmal der Zeit und der Wiederholungen ist zu berücksichtigen.

Die Feststellung, daß sich der Gesundheitszustand des Beamten in der Zukunft nicht bessern wird, kann anhand der ärztlichen Diagnosen und der Art der Erkrankungen des Beamten getroffen werden. Zwar beruht die Annahme der Dienstunfähigkeit nicht so sehr auf der medizinischen Qualifikation der Erkrankungen²⁾. Eine ärztliche Beurteilung der Erkrankung des Beamten ermöglicht jedoch oft erst, das Verhalten des Beamten in der Zukunft zu beurteilen. Auch wird der Dienstvorgesetzte sicherlich erstmals durch die ärztlichen Atteste und Diagnosen veranlaßt, die Dienstfähigkeit eines Beamten zu überprüfen und in Erwägung zu ziehen, ob der Beamte wegen seines Verhaltens und seiner Erkrankungen in den Ruhestand versetzt werden muß.

b) Die Mitteilung über die beabsichtigte Zurruhesetzung

Ist der Dienstvorgesetzte³⁾ überzeugt, daß der Beamte⁴⁾ dauernd dienstunfähig ist, so teilt er diesem seine Überzeugung mit. Beantragt der Beamte seine Versetzung in den Ruhestand nicht, so setzt der Dienstvorgesetzte ihn davon in Kenntnis, daß die Versetzung in den Ruhestand beabsichtigt sei, § 44 Abs. 1 S. 1 BBG.

1) BVwG II C 32/65 vom 26.1.1967, Buchholz Nr. 9, S. 45 zu § 42 BBG

2) BVwG II C 56/63 vom 17.10.1966, S. 10/11, ZBR 67, 148 (150)

3) Nicht nur der unmittelbare Dienstvorgesetzte, sondern jeder Vorgesetzte ist dazu berechtigt. Dies ist h.M.

DoD 65, 111/112) (BVwG VI C 35/62 vom 28.8.1964, S. 8; Flog-Wiedow Anm. 3 zu § 44 BBG; Weiss-Kranz Anm. 2 zu Art. 58 BayBG; einschränkend Crisolli-Schwarz Anm. 3 zu § 53 hessBBG; ausdrücklich anders der Wortlaut des § 56 Abs. 1 ndsBG)

4) § 44 BBG findet Anwendung bei der Zurruhesetzung eines Beamten auf Lebenszeit oder auf Zeit. Gemäß § 46 III BBG wird der Beamte auf Probe nach entsprechender Anwendung des § 44 BBG in den Ruhestand versetzt. Ein

aa) Der Dienstvorgesetzte muß von der Dienstunfähigkeit des Beamten ü b e r z e u g t sein, bevor er seine Auffassung über die Dienstunfähigkeit dem betroffenen Beamten mitteilt. Es genügt nicht, daß die Dienstunfähigkeit, ausgenommen im Fall des § 42 Abs. 1 Satz 3 BBG, vermutet wird.

Dies folgt aus der in § 44 Abs. 1 S. 1 BBG gesetzlich vorgeschriebenen Pflicht des Vorgesetzten, seine Mitteilung an den betroffenen Beamten zu begründen, und aus der Tatsache, daß es sich bei einer Zwangspensionierung um einen schwerwiegenden Eingriff in die Rechte des Beamten handelt. Eine Ankündigung eines unmittelbar bevorstehenden, schwerwiegenden Eingriffs in die Rechte des Beamten kann nicht auf Vermutungen gestützt werden, sondern die Mitteilung der beabsichtigten Zumuhesetzung muß sich in der Gewißheit des Dienstvorgesetzten von der Richtigkeit seiner Vorstellungen zeigen.

bb) Die Notwendigkeit, die Mitteilung über die beabsichtigte Zurruhesetzung zu begründen, ist einheitliche Auffassung in Rechtsprechung¹⁾ und Lehre²⁾. Gleichfalls besteht Einigkeit darüber, daß die Absicht des Dienstvorgesetzten schriftlich mitzuteilen ist³⁾.

In welchem Umfang die Begründung der Mitteilung zu halten ist, ist streitig.

Der HessVGH betont in seiner ständigen Rechtsprechung, daß der Gesetzgeber nicht darauf abgestellt habe, ob der Beamte die Gründe für die beabsichtigte Zurruhe-

Beamter auf Widerruf wird entlassen, § 32 BBG. Für Richter gilt § 34 DRiG. (Weiss-Kranz Anm. 13 zu Art. 58 BayBG; Schmidt-Ehrenthal Anm. 6 zu § 56 ndsBG)

1) BayVGH 1959, 78; HessVGH ZBR 1959, 79; ESVGH 5, 104 (106); BVwG VI C 82/58 vom 5.4.1960, DOD 1960, 134 (135)

3) Plog-Wiedow Anm. 5 zu § 44 BBG; Weiss-Kranz Anm. 2 zu Art. 58 BayBG

2) Maneck-Schirmacher Anm. 1 zu § 53 hessBG; Bernard-Hoffmann Anm. 1 zu § 49 bawüBG; Schütz-Ulland Anm. 3 zu § 47 nwBG

setzung kannte oder hätte kennen müssen.¹⁾ Die Mitteilung sei in jedem Fall im einzelnen zu begründen²⁾.

Das Bundesverwaltungsgericht³⁾ und u.a. Plog-Wiedow⁴⁾ halten eine ausführliche Begründung nur für notwendig, wenn der Beamte, der sich seinem Amte für gewachsen hält, mit der Mitteilung überrascht wird und ihm die Auffassung des Dienstvorgesetzten unbekannt ist.

Es ist der h.M. zu folgen. Die Ausführlichkeit der Begründung richtet sich danach, ob der Beamte die Gründe der Dienstunfähigkeit kennt und ob er die Unterlagen und Gutachten, auf die der Dienstvorgesetzte seine Auffassung stützt, eingesehen hat. Ist diese Frage zu bejahen, so kann die Mitteilung jedoch nicht einfach den Wortlaut des Gesetzes wiederholen, sondern hat die einzelnen Gründe zu erwähnen, mit der die Entscheidung nunmehr begründet werden soll. Andernfalls ist der Beamte nicht in der Lage, auf Rügen und Vorwürfe des Vorgesetzten sachgemäße Einwendungen zu erheben.

Es kann dem Beamten nicht zugemutet werden, sein bisheriges Verhalten dahin zu überprüfen, was nach Auffassung seines Dienstvorgesetzten zu dessen Überzeugung beigetragen haben mag. Es kann von dem Beamten nicht erwartet werden, daß er die Gründe vermutet und in seinen Einwendungen auf Gründe eingeht, auf die der Dienstvorgesetzte seine Überzeugung tatsächlich gar nicht stützt.

Die Mitteilung über die beabsichtigte Zurruesetzung muß demnach die dem Beamten bekannten oder die in früherer Zeit mit dem Vorgesetzten erörterten Gründe erwähnen und die wichtigsten Tatsachen genau bezeichnen. Nur in dieser Weise kann der im Zwangspensionsverfahren garantierte Schutz zugunsten des Beamten gewährleistet werden.

1) HessVGH ZBR 1959, 79

2) Fischbach Anm. I zu § 44 BBG (1964)

3) BVwG VI C 82/58 vom 5.4.1960, DÖD 1960, 134 (135)

4) Plog-Wiedow Anm. 5 zu § 44 BBG; Bockhalli Anm. 1 zu § 47 nwbG

2. Die Notwendigkeit von Ermittlungen in diesem Stadium des Verfahrens

Da der Dienstvorgesetzte von der Dienstunfähigkeit des Beamten überzeugt sein muß und er sich in seiner Mitteilung an den Beamten nicht auf Vermutungen stützen kann, sondern seine Auffassung mit Gewißheit vorzutragen und mit Tatsachen zu begründen hat, ist es notwendig, schon in diesem Stadium des Verfahrens den Sachverhalt zu ermitteln.

Die Notwendigkeit von Ermittlungen zu diesem Zeitpunkt erweist sich auch aus folgenden Überlegungen als richtig:

Gemäß § 42 Abs. 3 BBG kann ein Beamter ohne den Nachweis der Dienstunfähigkeit nur dann in den Ruhestand versetzt werden, wenn er die Altersgrenze von 62 Jahren erreicht hat.

Gemäß § 43 BBG ist die Zurruesetzung eines dienstfähigen Beamten auch auf dessen Antrag hin zu unterlassen, da andernfalls der Grundsatz einer ordnungsgemäßen Wirtschaftsführung verletzt werden würde. Im übrigen ist bei der Zurruesetzung auf Antrag des Beamten gemäß § 43 BBG die Behörde verpflichtet, ein amtsärztliches Gutachten über den Gesundheitszustand des Beamten anfertigen zu lassen.

Etwas anderes kann im Fall einer Zwangspensionierung nicht gelten. Es besteht gerade in dem Fall, in dem der Beamte die Zurruesetzung nicht beantragt, die Möglichkeit, daß der Beamte tatsächlich nicht dienstunfähig ist. Der Dienstvorgesetzte wird auf die Aussage eines ärztlichen Gutachtens und somit auf vorherige Ermittlungen angewiesen sein und seine Überzeugung von der Dienstunfähigkeit dem Beamten erst nach Abschluß seiner Ermittlungen mitteilen können.

3. Umfang der Ermittlungen und die dazu bestehenden Möglichkeiten

a) Ärztliche Atteste, die das Fernbleiben des Beamten vom Dienst entschuldigen und dem Dienstvorgesetzten zur Kenntnis gelangen, geben nicht immer ausreichend Auskunft über das Ausmaß der Erkrankungen des Beamten. Die in wenigen Worten mitgeteilten Diagnosen reichen meist für die Beurteilung der Dienstfähigkeit des Beamten nicht aus. Auch fehlen Angaben über die Erkrankung oft ganz. Zur Feststellung der Dienstunfähigkeit wären die ergänzenden Auskünfte des den Beamten behandelnden Arztes notwendig.

Der Arzt des Beamten ist zu einer Auskunft nur berechtigt, wenn der Beamte ihn von seiner Schweigepflicht entbindet.

b) Auskunft des Arztes gegenüber dem Dienstherrn des Beamten

Die Schweigepflicht des Arztes ist gesetzlich anerkannt, so in § 300 StGB, § 53 StPO und u.a. in § 383 ZPO. Grundsätzlich ist der Arzt nur dann berechtigt, Auskunft über die Erkrankungen seines Patienten zu erteilen, wenn dieser ihn von seinen Schweigepflichten entbunden hat. Ausnahmen von diesem Grundsatz bestehen nur da, wo die Aussage des Arztes gesetzlich geboten oder erlaubt ist. Es ist dann nach den Grundsätzen der Pflichtenkollision zu entscheiden, ob die Pflicht zum Schweigen oder die Pflicht zum Offenbaren die höhere ist.¹⁾ So ist der Arzt nicht verpflichtet, das ihm Anvertraute zu verschweigen, wenn er sein Honorar gegen seinen Patienten einklagt oder in einem Strafprozeß zur Selbstverteidigung die Auskunft notwendig sein wird.²⁾

1) Schönke-Schröder Anm. 10 zu § 300 StGB

2) Schönke-Schröder Anm. 13 zu § 300 StGB; BGHSt 1, 367
So darf der Arzt die zuständigen Behörden davon in Kenntnis setzen, daß sein Patient an epileptischen Anfällen leidet und beim Autofahren andere gefährdet, OLG München MDR 1956, 565. Ist die Pflicht zum Offenbaren als die höhere Pflicht erkannt, so steht es nicht im Belieben des Arztes, wie er sich verhält, sondern er hat die Betroffenen zu informieren.

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz wird jedoch nicht dadurch geschaffen, daß der Beamte zu seinem Dienstherrn in einem Treueverhältnis steht und der Beamte verpflichtet ist, seinem "Dienstherrn stets mit Wahrhaftigkeit und Offenheit zu begegnen"¹⁾. Die Rechtsbeziehungen zwischen dem Beamten und seinem Dienstherrn haben auf das Vertrauensverhältnis zwischen dem Beamten und seinem Arzt in keiner Weise Einfluß. Der Arzt ist nicht berechtigt, dem Dienstherrn Auskunft über die Erkrankung des Beamten zu erteilen, nur weil der Beamte vielleicht verpflichtet sein mag, den Arzt von seiner Schweigepflicht zu entbinden und den Arzt dadurch zu ermächtigen, dem Dienstherrn Auskunft zu erteilen.²⁾ Der Beamte allein ist berechtigt, darüber zu entscheiden, ob und wem Auskunft über seine Erkrankungen erteilt wird. Der Arzt ist nicht verpflichtet, wie Schuegraf meint,³⁾ "die Rechte und Pflichten des Beamten gegenüber dem Dienstherrn für diesen wahrzunehmen bzw. zu erfüllen." Ein Anspruch des Dienstherrn gegenüber dem Arzt läßt sich nicht herleiten. Zwischen Arzt und Dienstherrn besteht kein Rechtsverhältnis. Eine gesetzliche Pflicht des Arztes besteht ausnahmsweise im Fall der Pflichtenkollision. Wenn der Dienstherr Auskunft über den Gesundheitszustand des Beamten erhalten will, so hat er sich an den Beamten selbst zu wenden. Gegenüber diesem hat der Dienstherr einen Anspruch auf Auskunfterteilung aufgrund der zwischen ihm und dem Beamten bestehenden Rechtsbeziehungen. Wenn der Beamte diese Auskunft nicht erteilt und den Arzt nicht von dessen Schweigepflicht entbindet, so liegt darin ein Dienstvergehen.⁴⁾ Dieser Umstand berechtigt den Arzt jedoch nicht, dem Dienstherrn gegen den ausdrücklich erklärten Willen des Beamten Auskunft über die Erkrankung des Beamten zu erteilen.

1) Schuegraf NJW 1961, 961

3) Schuegraf a.a.O.

2) Maneck-Schirrmacher Anm. 7 zu § 51 hessBG; Kohlhaas VersR 1965, 529

4) Plog-Wiedow Anm. 4, Fußn. 1 zu § 44 BBG; Kohlhaas a.a.O.

Anders sind die Fälle zu beurteilen, in denen der Beamte der Aufforderung des Dienstherrn, sich untersuchen zu lassen, nachgekommen ist. Nur in einem solchen Fall kann von einer stillschweigenden Erklärung, die den Arzt von seiner Schweigepflicht entbindet, gesprochen werden.¹⁾ Eine solche stillschweigende Erklärung hat der Beamte nicht schon damit gegenüber dem Dienstherrn abgegeben, daß der Beamte sich "freiwillig in den Beamtenstand begeben habe", wie Schuegraf meint.²⁾

Hat sich der Beamte auf Verlangen seines Dienstherrn von einem Arzt untersuchen lassen, so ist der Arzt nicht davon befreit, sein Berufsgeheimnis zu wahren. Er darf vielmehr nur der zuständigen Stelle der Dienstbehörde Auskunft erteilen³⁾. Die Auffassung, man sei innerhalb eines Kreises schweigepflichtiger Personen von seiner Schweigepflicht befreit, ist unrichtig⁴⁾. Von diesem allgemeinen Grundsatz bestehen nur dann Ausnahmen, wenn die Aussage des Arztes gesetzlich geboten oder erlaubt ist, wie schon auf Seite 20 an einigen Beispielen erläutert wurde.

c) Die Notwendigkeit eines ärztlichen Gutachtens

Wie oben schon ausgeführt worden ist, ist gemäß § 43 Abs. 1 S. 1 BBG die Anfertigung eines amtsärztlichen Gutachtens notwendig, wenn über die Zurrücksetzung auf Antrag des Beamten entschieden werden soll. Etwas anderes kann für das Zwangspensionierungsverfahren im Fall einer krankheitsbedingten Dienstunfähigkeit nicht gelten⁵⁾.

1) Plog-Wiedow Anm. 11 zu § 44 BBG; Maneck-Schirrmacher Anm. 7 zu § 51 hessBG;

2) Schuegraf NJW 1961, 961 zu 2)

3) BVwG RIA 1968, 76

4) Kohlhaas VersR 1965, 529

5) Crisolli-Schwarz Anm. 8 zu § 53 hessBG; Bernard-Hoffmann Anm. 1 zu § 49 bawüBG; VV Nr. 1 zu BBG; Schütz-Ulland Anm. 3 zu § 47 nwbG; Leusser-Gerner Anm. 2 zu Art. 58 BayBG; Schmidt-Ehrenthal Anm. 3 zu § 56 ndsBG;

Plog-Wiedow Rdn. 4 zu § 44 BBG

Nach Ansicht des BVwG's vom 6.7.1967 II C 102/64, S. 20 unten, ist im Zwangspensionierungsverfahren ein amtsärztliches Gutachten nicht, wie in § 43 BBG, zwingend erforderlich.

Grundsätzlich kann die Dienstunfähigkeit im Zwangspensionierungsverfahren nur aufgrund eines amtsärztlichen Gutachtens über den Gesundheitszustand des Beamten festgestellt werden. Ausnahmsweise ist ein ärztliches Gutachten jedoch entbehrlich, wenn die maßgebenden Umstände so deutlich sind, daß auch ein 'Nichtarzt' die Krankheit als solche zu beurteilen und sie als Ursache für die Dienstunfähigkeit zu erkennen vermag¹⁾. Die Feststellung der Dienstunfähigkeit setzt dann jedoch umso mehr voraus, daß die Behörde die tatsächlichen Grundlagen ihre Meinungsbildung hinreichend deutlich macht.²⁾ Unter anderen Umständen verletzt die Behörde ihr pflichtgemäßes Ermessen, wenn sie eine erhebliche Beweisfrage beantwortet und hierbei ihre eigene Sachkunde überbewertet, indem sie einen medizinischen Sachverständigen nicht hinzuzieht³⁾.

Das Bundesverwaltungsgericht hat in den genannten Entscheidungen diese Grundsätze zwar für die Tätigkeit des Richters aufgezeigt. Es ist jedoch der Auffassung, daß sie ebenso für die Verwaltungsbehörden zu gelten haben⁴⁾. Denn die Verwaltungsbehörde hat wie das Gericht den Sachverhalt objektiv⁵⁾ zu beurteilen und ihre Entscheidung zu treffen.

Dadurch, daß der Dienstvorgesetzte einen unabhängigen Sachverständigen zu der Ermittlung und Beurteilung des Sachverhaltes heranzieht, wird der vom Gesetzgeber beabsichtigte Schutz des Beamten im Zwangspensionierungsverfahren garantiert. Das Gutachten eines vom Dienstvorgesetzten beauftragten Sachverständigen ist nicht als Parteigutachten⁶⁾ an -

1) BVwG VI 176/61 vom 24.6.1965, S. 10, ZBR 65, 346 (347)

2) BVwG a.a.O.

3) BVwG vom 17.2.1965 ZBR 1965, 393 (394)

4) BVwG vom 15.4.1964 Bd. 18, 216 (218)

5) BVwG wie zu 4)

6) BVwG vom 28.8.1964, DÖD 1965, 58; BVwG 18, 216 (218);

zusehen. Die Verwaltung hat die Dienstunfähigkeit des Beamten wie die Gerichte nur nach den Maßstäben zu beurteilen, die durch das Gesetz vorgeschrieben sind. Dabei stehen die Gutachten den Behörden wie auch den Gerichten als objektiv zu beurteilende Gehilfen¹⁾ zur Seite und wahren wie die Behörde selbst die öffentlichen Interessen,²⁾ da sie an Weisungen nicht gebunden sind.

- d) Die Pflicht des Beamten, sich untersuchen zu lassen.

Ein ärztliches Gutachten muß zwar nicht immer nur auf einer ärztlichen Untersuchung des Beamten beruhen. Ein Gutachten läßt sich auch aufgrund von Aufzeichnungen über das Verhalten des Beamten anfertigen und ist als Beweismittel zulässig.³⁾ Bei der Beurteilung des Geisteszustandes eines Querulanten ist jedoch nach überwiegender Auffassung der gerichtlichen Psychiatrie eine Untersuchung des Patienten während einer stationären Heilbehandlung eine unerläßliche Voraussetzung, um ein Gutachten nach wissenschaftlichen Gesichtspunkten zu erstatten.⁴⁾ Da jedoch meist nicht genügend Aufzeichnungen über das Verhalten des betroffenen Beamten vorhanden sind, um ein Akten-Gutachten anzufertigen, ist in den meisten Fällen zur Beurteilung der Dienstunfähigkeit notwendig, daß der betroffene Beamte von einem Arzt untersucht wird. Im übrigen ist zu berücksichtigen, daß die Dienstunfähigkeit im Zeitpunkt der Zuruhesetzung festzustellen ist.⁵⁾ Die Verhaltensweisen des Beamten und die ärztlichen Gutachten zu einem früheren Zeitpunkt als zur Zeit der Versetzung in den Ruhestand können nur als zusätzliche Beweisanzeichen für die Dienst-

1) BVwG II C 45/62 vom 30.1.1964, VRsp 16, 877 (880)

2) BVwG V C 45/63 vom 15.4.1964, Bd. 18, 216 (218)

3) BVwG VI C 176/61 vom 24.6.1965, S. 21, ZBR 65, 346 (347)

4) von der Heydt S. 55; OVG Bln III B 32/65, 21.3.67, S. 28

5) BVwG wie zu 3); BVwG vom 17.1.1957 ZBR 57, 400

Schütz-Ulland Anm. 5a zu § 47 nwbG

unfähigkeit herangezogen werden. Der Zustand des Beamten kann sich seit der Erstellung der früheren Gutachten geändert haben. Es ist in einem solchen Fall eine ausreichende, neue gutachterliche Stellungnahme erforderlich,¹⁾ wenn die Feststellungen der früheren Gutachten aufrechterhalten werden. Sind jedoch keine Veränderungen in dem Verhalten des Beamten und seinem Krankheitsbild nachzuweisen, so können die früheren Gutachten für die Beurteilung der Dienstunfähigkeit als Beweismittel erheblich sein.²⁾

Aufgrund dieser Gegebenheiten hat der Gesetzgeber in § 42 Abs. 1 S. 3 BBG die Pflicht des Beamten gesetzlich geregelt, sich auf Verlangen der Dienstbehörde ärztlich untersuchen zu lassen.³⁾ Die in § 42 Abs. 1 S. 3 BBG geschaffene Regelung gilt auch für das Zwangspensionierungsverfahren.⁴⁾

- e) Die Weigerung des Beamten, sich untersuchen zu lassen, und die Auswirkung auf das Zwangspensionierungsverfahren

Wiederholt muß der Dienstvorgesetzte feststellen, daß sich der Beamte der Anordnung widersetzt, sich ärztlich untersuchen zu lassen, und den Vorwurf eines Dienstvergehens mit seinen Folgen in Kauf nimmt. Da der Beamte nicht gezwungen werden

1) OLG Hamm FamRZ 1965, 341

2) OLG Hamm a.a.O.

3) Die Weigerung, sich untersuchen zu lassen, ist ein Dienstvergehen (Plog-Wiedow Anm. 4 zu § 44 BBG; Sachse-Topka Anm. 4 zu § 56 ndsBG; Schmidt-Ehrenthal Anm. 3 zu § 56 ndsBG), jedoch nur im Fall der Versetzung in den Ruhestand (BDH NJW 1962, 512). Das Erscheinen des Beamten kann auch nicht erzwungen werden, dazu fehlt die gesetzliche Grundlage. Im förmlichen Disziplinarverfahren ist insoweit eine gesetzliche Grundlage in § 60 BDO zu sehen, als der Beamte unter Anwendung von Zwangsmitteln zur Untersuchung in eine Heil- und Pflegeanstalt gebracht werden kann (Clausen-Janzen Anm. 10 zu § 60 BDO).

4) § 42 I 3 BBG ist keine gesetzliche Grundlage, die den Dienstherrn zu der Anordnung berechtigt, der Beamte möge sich untersuchen lassen. Diese Vorschrift verpflichtet den Beamten lediglich zu dieser Handlung, berechtigt den Dienstherrn dagegen nicht zum Erlass einer Anordnung, die mit Verwaltungszwang vollstreckt werden kann. Da eine gesetzliche Grundlage für eine Anordnung fehlt, stellt sich die Frage der Vollziehbarkeit einer solchen Anordnung nicht. § 3 II und § 12 I StVZO sind gesetzliche Grundlagen, die Beibringung eines Gutachtens anzuordnen. Aber auch diese Anordnung ist nach BVwG VRS 38, 394 nicht vollstreckbar.

kann, sich einer ärztlichen Untersuchung zu stellen, kann die Dienstunfähigkeit in einem solchen Fall nicht unter Berücksichtigung eines ärztlichen Gutachtens beurteilt werden.

Dadurch wird der Dienstvorgesetzte jedoch nicht gehindert, sich von der Dienstunfähigkeit des Beamten ein eigenes Urteil zu bilden. Er kann aufgrund der ihm vorliegenden Erkenntnismittel und unter freier Beweiswürdigung der Tatsache, daß sich der Beamte der dienstlich angeordneten Untersuchung nicht gestellt hat, die Dienstfähigkeit des Beamten auch ohne Bestätigung durch eine ärztliche Untersuchung beurteilen. Dies ist ständige Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts¹⁾ und die Auffassung im Schrifttum²⁾.

Aus der Tatsache allein, daß sich der Beamte einer ärztlichen Untersuchung entzieht, ist die Unmöglichkeit einer Beweisaufnahme nicht zu rechtfertigen³⁾. Die Dienstunfähigkeit kann nicht auf einer unbelegten Vermutung beruhen, sondern hat sich auf tatsächliche Feststellungen⁴⁾ und die daraus gezogenen Schlußfolgerungen zu beziehen⁵⁾.

Zwar ist der in § 444 ZPO zum Ausdruck kommende Grundsatz, daß im Falle der Vereitelung einer Beweisführung die bestrittene Behauptung als erwiesen angesehen werden kann, auch auf das Verwaltungsstreitverfahren anzuwenden⁶⁾. Dieser Rechtsgrundsatz gilt auch im Verwaltungsverfahren, nicht zuletzt im Hinblick auf ein sich an die Zerruhesetzung anschließendes gerichtliches Verfahren⁷⁾. Denn dieser Grund-

2BR67,335 1) BVwG II C 102/64 vom 6.7.1967, S.20 mit weiteren Hinweisen; BVwG ZBR 1957,400;

2) Crisolli-Schwarz Anm. 13a zu §53 hessBG ;

2BR66,178 3) BVwG II C 41/62 vom 22.7.1965, S.7; HessVGH ZBR 1962,218(219)

4) Psychologische Tests sind als Beweismittel zulässig (BVwG Bd.17,342 ff)

5) BVwG wie zu 3) S.10; BVwG Bd.16,285(287) vom 30.8.63 Schütz-Ulland Anm.7 zu §47 nwbG

6) BVwG II 41/62 vom 22.7.1965, S.9, 2BR66,178

7) Crisolli-Schwarz Anm.13a zu §53 hessBG

satz beruht im wesentlichen auf der allgemeinen Erfahrung, daß regelmäßig die Benutzung eines Beweismittels nur derjenige vereitelt, der durch das Beweismittel einen Nachteil für sich befürchtet. Arglistiges Vereiteln ist nicht notwendig¹⁾.

Dieser Grundsatz ist jedoch nicht uneingeschränkt anzuwenden.²⁾ Das Verhalten des Beamten unterliegt der freien Beweiswürdigung durch den Dienstvorgesetzten und veranlaßt, die Dienstunfähigkeit des Beamten³⁾ im Zusammenhang mit den übrigen Beweismitteln zu beurteilen.

Der Dienstvorgesetzte verletzt seine Pflicht, von Amts wegen den Sachverhalt aufzuklären, wenn er aufgrund der Weigerung des Beamten, sich untersuchen zu lassen, eine Beweisaufnahme für unmöglich hält⁴⁾ und dem Beamten die Beweislast aufbürdet, die Überzeugung des Dienstvorgesetzten durch eigene Beweisführung zu erschüttern. Denn andernfalls würde außer acht gelassen, daß eine ärztliche Untersuchung nicht das einzige Beweismittel ist, um feststellen zu können, ob der Beamte in der Lage ist, seine Dienstaufgaben zu erfüllen⁵⁾, und daß eine sachverständige Hilfe eines Arztes sich nicht schon in der Untersuchung des Beamten erschöpft.

Das Bundesverwaltungsgericht⁶⁾ weist in seiner Entscheidung auf folgende Beweismittel hin für die Ermittlung des Sachverhaltes in dem Fall, in dem der Beamte sich weigert, sich ärztlich untersuchen zu lassen. Zwar sind diese Hinweise auf die Ermittlungen in einem gerichtlichen Verfahren bezogen, sie können jedoch auch für die Verwaltungstätigkeit gelten.

1) BVwG IIC 41/62 vom 22.7.1965, S.9, 2BR 66, 178

2) wie zu 1)

3) BVwG II C 102/64 vom 6.7.1967, S. 20, 2BR 67, 335
OLG Hamm OLG 1968, 239(241/2); Crisolli-Schwarz Anm.
13a zu § 53 hessBG

BR 66, 178 4) BVwG II C 41/62 vom 22.7.1965, S.7 2BR 67, 148

5) BVwG wie zu 4); BVwG VI C 53/63 vom 17.10.66, S.12

6) BVwG II C 41/62 vom 22.7.1965, S.8, 2BR 66, 178

Einmal besteht nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts die Möglichkeit, die Ärzte, die den Beamten bisher untersucht haben, über das Krankheitsbild zu befragen. Auf die Bedenken und Schwierigkeiten in dem Fall, in dem der Beamte den Arzt von seiner Schweigepflicht nicht entbindet, ist auf Seite 20, 25 der Arbeit hingewiesen worden.

Zum andern können die Kollegen und Mitarbeiter und andere Personen, die mit dem Beamten dienstlich in Kontakt gekommen sind, über das Verhalten und die psychische Einstellung des Beamten aussagen.

Weiterhin können Akten, die der Beamte bearbeitet hat, und Strafakten, die infolge einer Anzeige¹⁾ des Beamten entstanden sind, Auskunft geben. Im übrigen kann zu den Verhandlungen mit dem Beamten über seine Zurruhesetzung ein sachverständiger Arzt hinzugezogen werden und dieser kann aufgrund der Akten und etwaiger Befragungen des Beamten möglicherweise sachdienliche Hinweise geben^{B)}.

Der Sachverhalt ist im Verfahren einer Zwangspensionierung immer unter dem Gesichtspunkt zu ermitteln, daß bei der Feststellung der Dienstunfähigkeit es nicht so sehr auf die medizinische Qualifikation der Erkrankung ankommt.²⁾ Der Vorgesetzte hat im wesentlichen die Dienstunfähigkeit des Beamten dadurch festzustellen, daß er das Verhalten und das wiederholte Fehlen des Beamten daraufhin prüft, ob sich eine Störung des Dienstbetriebes bemerkbar macht³⁾. Es kommt hierbei entscheidend darauf an, ob das Verhalten des Beamten, das sich störend auf den Dienstablauf auswirkt⁴⁾, seine Ursachen außerhalb der Person des Beamten hat oder ob die Ursache der Störungen in der Persönlichkeit des Beamten, insbe-

1) Wie auch Anzeigen gegen den Beamten, die anlässlich von Streitigkeiten während des Dienstes zwischen dem Beamten und seinen Kollegen erstattet wurden, sei es weil der Beamte oder sein Kollege die wechselseitigen Äußerungen als Beleidigung oder Verleumdung auslegte.

a) OLG Hamm OLG 1968, 239 (242/3/4) folgt der Ansicht des BVwG's

2) BVwG VI C 56/63 vom 17.10.1966, S. 10/11

3) BVwG VI C 56/63, S. 11 2 BR 67, 148 (150)

4) BVwG VI C 46/63 vom 21.10.1966, Buchholz Nr. 8 S. 42 zu § 42 BBG

sondere in seiner psychischen Verhaltensweise zu finden ist.

4. Die Dienstunfähigkeit

a) Das 'konkrete Amt'

Die Dienstunfähigkeit des Beamten ist dann zu Recht angenommen worden, wenn der Beamte nicht in der Lage ist, das 'konkrete Amt', in das er berufen ist, auszuüben¹⁾. Das 'konkrete Amt' wird bei seiner Beschäftigungsbehörde durch den Dienstgrad und der Besoldungsgruppe bestimmt. Das 'konkrete Amt' muß zwar nicht diejenige Beschäftigungsstelle sein, die der Beamte zuletzt inne gehabt hatte, es muß jedoch im Bereich seiner Beschäftigungsbehörde liegen²⁾. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts³⁾ ist die Dienstunfähigkeit nicht allein nach den abstrakten Maßstäben, sondern unter Berücksichtigung der Anforderungen des konkreten Amtes zu beurteilen, das der Beamte nach seinem Ausbildungsstand und seinen Fähigkeiten ausüben kann bzw. ausübt. Gleichgültig ist der Umstand, daß der Beamte in der Lage ist, von seinem bisherigen Aufgabenbereich völlig verschiedene Aufgaben zu erfüllen⁴⁾. Diese Begriffsbestimmung wird sowohl den Interessen des Beamten als auch den Belangen der öffentlichen Verwaltung und der Allgemeinheit gerecht⁵⁾.

1) Scheerbarth § 18 II a, S. 232

2) BVerfG II C 102/64 vom 6.7.1967, S. 19 [2 BVerfG 67, 148]
3) BVerfG VI C 45/61 vom 28.8.1964; BVerfG VI C 56/63 vom 17.10.1966; BVerfG II C 96/64 vom 9.4.1968, Buchholz Nr. 10, S. 48 zu § 42 BBG

4) Unter ähnlichen Gesichtspunkten wird die Berufsunfähigkeit von der Erwerbsunfähigkeit auf dem Gebiet des Rentenrechts abgegrenzt

5) BVerfG II C 102/64 vom 6.7.1967, S. 19, 2 BVerfG 67, 335

b) Die Weiterbeschäftigungspflicht des
Dienstherrn

Im Zusammenhang mit dem Begriff des konkreten Amtes steht die Beurteilung der Frage, inwieweit die Dienstbehörde verpflichtet ist, den Beamten mit einer anderen Aufgabe, der er gewachsen zu sein scheint, zu betrauen, bevor sie ihn in den Ruhestand versetzt. Schon allein dadurch, daß der Dienstvorgesetzte den Beamten in ein anderes Amt als das vorherige versetzt und sich der Beamte in diesem Amt als dienstfähig erweist, könnte der Dienstvorgesetzte die Zwangspensionierung des Beamten auf einfache Weise zu regeln bzw. zu vermeiden suchen. Der Dienstherr wird schon allein aus fiskalischen Gründen bestrebt sein, den Beamten, der in seinem Sachgebiet nicht mehr einsatzbereit ist, in einem anderen Amt weiterzubeschäftigen¹⁾. In der Verwaltungsvorschrift Nr. 4 zu § 42 BBG wird der Dienstvorgesetzte angehalten, in diesem Sinne zu verfahren.

Auch muß der Dienstherr unter Beachtung seiner Fürsorgepflicht darauf bedacht sein, den Beamten, statt ihn in den Ruhestand zu versetzen, in einem anderen gleichwertigen Amt weiterzuverwenden²⁾. Wenn z.B. ein Exekutivbeamter der Polizei wegen der an ihn zu stellenden besonderen gesundheitlichen Anforderung nicht in der Lage ist, im Außendienst weiter tätig zu sein, so muß der Dienstherr ihn in den Innendienst versetzen, in dem die für den Außendienst besondere körperliche Konstitution zur Erfüllung seiner dienstlichen Pflichten nicht erforderlich ist³⁾, wenn eine Stelle frei ist oder in absehbarer naher Zukunft frei wird.⁴⁾

1) BVwG II C 45/62 vom 30.1.1964 Bd. 16, 877 (878)

2) BVwG II C 27/55 vom 17.1.1957 ZBR 1957, 400

BVwG VI C 45/61 vom 28.8.1964, DÖD 1965, 58

BVwG II C 45/62 wie zu 1)

OVG Koblenz ZBR 1958, 367

3) OVG Koblenz a.a.O. 4) Sollte in naher Zukunft keine Stelle frei sein, so ist entscheidend, ob Haushaltsmittel bereitstehen, das Gehalt weiterzuzahlen, oder nicht und der Beamte in den Ruhestand versetzt wird und später erneut berufen werden kann.

Sofern eine Änderung der Geschäftsverteilung innerhalb derselben benötigt dem Dienstherrn zumutbar¹⁾ sein sollte, ist der Beamte in einem anderen Amte zu beschäftigen. Die Versetzung des Beamten muß reibungslos und ohne Störung des Dienstbetriebes zu ermöglichen²⁾ sein. Maßgebend sind die Erfordernisse des Dienstes und die Geschäftsverteilung der Dienstbehörde. Der Dienstherr ist nicht verpflichtet, unter allen Umständen zu versuchen, den Beamten in einem anderen gleichwertigen Amt weiterzubeschäftigen, dessen Anforderungen er im Hinblick auf seinen Gesundheitszustand voraussichtlich genügt³⁾ .

c) Klärung der Begriffe

Es ist nicht Anliegen dieser Arbeit, zu den Streitfragen über die Dienstunfähigkeit im Sinne des § 42 BBG Stellung zu nehmen. Es wird jedoch zum besseren Verständnis des Zwangspensionsverfahrens erforderlich sein, die in § 42 BBG genannten Ursachen einer Dienstunfähigkeit im wesentlichen darzustellen.

aa) Körperliche Gebrechen⁴⁾

Körperliche Gebrechen sind sowohl die chronischen und unheilbaren Krankheiten und Körperleiden als auch der Verlust von Gliedmaßen oder der Verlust der Hör- oder Sehkraft.⁵⁾

bb) Schwäche der körperlichen oder geistigen Kräfte

Die körperlichen und geistigen Kräfte sind die Gesamtheit der Eigenschaften des Beamten, die ihn in die Lage versetzen, seine Amtspflichten

1) BVwG VRsp 16, 877 (878)

2) BVwG wie zu 1); Schütz DÖJ 1965, 41 (43)

3) OVG Koblenz ZBR 1958, 376

4) Es handelt sich bei der Frage der Dienstunfähigkeit um eine Tat- und Rechtsfrage (ESVGH 5, 104 (107)). Der Behörde ist kein gerichtsfreier Beurteilungsspielraum zugewiesen (BVwG II C 41/62 vom 22.7.1965, S. 10)

5) Plog-Wiedow Anm. 8 zu § 42 BBG; Schütz DÖJ 65, 41 (43)

zu erfüllen¹⁾. Eine Schwäche dieser Kräfte ist festzustellen, wenn die Leistungsfähigkeit²⁾ und die Konstitution seiner körperlichen Kräfte unzulänglich ist und der Beamte z.B. nicht in der Lage ist, die einer Verwaltungsentscheidung zugrunde liegenden Tatsachen und Rechtsvorschriften richtig zu erkennen und objektiv zu werten.³⁾

Die Schwäche der körperlichen und geistigen Kräfte muß nicht in einer Erkrankung im medizinischen Sinn liegen⁴⁾ und ist nicht auf die Fälle einer intellektuellen Unterwertigkeit⁵⁾ oder einer Störung der Intelligenz beschränkt⁶⁾. Die geistigen Kräfte können durch den Mangel an Willenskraft und Selbstbeherrschung und durch den Mangel an Einsicht in die durch seine Stellung als Beamter auferlegten besonderen Pflichten und an fehlendem Erkennen der Folgen seiner Entscheidungen gemindert sein⁷⁾. Die Anstrengung seiner Willenskraft und die Fähigkeit zur Selbstbeherrschung können durch Gemütsbestimmungen⁸⁾ oder sonstige seelische Zustände ausgeschlossen sein.

cc) Dienstunfähigkeit nach Zeitablauf

Die Rechtsprechung geht davon aus, daß sich die Schwäche der geistigen und körperlichen Kräfte und der gesamten Konstitution⁹⁾ des Beamten darin zeigen können, daß der Beamte wiederholte Male in einem kurzen Zeitraum wegen Erkrankung dem Dienst

1) Plog-Wiedow Anm. 8 u. 4 zu § 44 BBG

2) BayVGH Bd. 52/49 vom 20.3.1931

3) BVwG II C 32/65 vom 26.1.1967, Buchholz Nr. 9, S. 44 zu § 42 BBG

4) BVwG II C 96/64 vom 9.4.68, Buchholz Nr. 10, S. 47 zu § 42 BBG

5) wie zu 4); Schütz DÖD 1965, 41 (43)

6) BayVGH Bd. 52, 49 vom 20.3.1931

7) Wie zu 4)

8) BayVGH wie zu 6)

9) BVwG vom 30.8.1963 Bd. 16, 285 (288/9)

fernbleibt. Eine solche Feststellung kann jedoch nur zu einer dauernden Dienstunfähigkeit führen, wenn sich nachweisen läßt, daß eine Genesung des Beamten in den nächsten 6 Monaten unwahrscheinlich ist, § 42 Abs. 1 S. 2 BBG. Da die Feststellung der Dienstunfähigkeit sehr schwierig und problematisch sein kann, ist der Dienstherr berechtigt, ohne tatsächliche Feststellung der Dienstunfähigkeit den Beamten als dauernd dienstunfähig anzusehen, wenn dieser innerhalb eines halben Jahres länger als drei Monate infolge seiner Erkrankung keinen Dienst getan hat und die Genesung des Beamten innerhalb eines weiteren halben Jahres unwahrscheinlich ist.

Es wird dabei in Kauf genommen, daß die Prognose sich im Einzelfall später als unrichtig erweist¹⁾. Bei einem erwartungswidrigen Verlauf wird die Entscheidung des Dienstherrn nicht rechtswidrig; es kommt dann eine neue Einstellung in Betracht, wie sie § 45 BBG vorsieht und im einzelnen regelt.

- d) Die Dienstpflichten des Beamten bis zur rechtskräftigen Entscheidung über seine Zwangspensionierung

aa) Dienstleistungspflicht des Beamten

Bis zur rechtskräftigen Entscheidung über seine Zwangspensionierung steht es dem Beamten frei, seinen Dienst zu versehen oder dem Dienst fernzubleiben. Der Dienstherr kann ihn nicht dazu anhalten, die Dienstleistungen zu erbringen. Fehlt der Beamte, nachdem ihm die Absicht, ihn in den Ruhestand zu versetzen, mitgeteilt wurde, so ist darin kein unerlaubtes Fernbleiben vom Dienst zu sehen.

Unerlaubtes Fernbleiben liegt nur dann vor, wenn eine Genehmigung des Dienstherrn fehlt oder der Beamte dienstunfähig ist, § 73 Abs. 1 BBG.

Die Voraussetzungen des § 73 BBG liegen jedoch bei einem Beamten, den der Dienstvorgesetzte für dienstunfähig hält, nicht vor. Ein Beamter, der wegen Dienst-

1) BVwG VI C 178/61 vom 30.8.1963 Bd. 16, 285 (288/9)

unfähigkeit dem Dienst fern bleibt, bedarf keiner Genehmigung.

Er hat seine Dienstunfähigkeit nachzuweisen. Bei einer Zwangspensionierung entfällt eine Nachweispflicht des Beamten, da in diesem Fall der Dienstvorgesetzte selbst von der Dienstunfähigkeit des Beamten überzeugt ist. Der Dienstvorgesetzte kann nicht den Beweis derjenigen Tatsachen verlangen, von denen er selbst überzeugt ist.

Der Dienstvorgesetzte kann von dem Beamten, den er für dienstunfähig hält, folglich keine Dienstleistungen verlangen¹⁾. Er kann den Beamten auch nicht ohne seine Zustimmung in ein anderes Amt versetzen, das geringeren Anforderungen entspricht, es sei denn die Voraussetzungen des § 26 Abs. 2 BBG liegen vor.

bb) Das Recht der Behörde, den Beamten an der Ausübung seiner Dienstgeschäfte zu hindern

Da im Fall einer Zwangspensionierung der Beamte an seiner Dienstfähigkeit nicht zweifelt, wird weit häufiger die Frage zu entscheiden sein, ob der Dienstherr berechtigt ist, den Beamten, den er für dienstunfähig hält, daran zu hindern, sein Amt bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Versetzung in den Ruhestand auszuüben.

Im Widerspruchs- und Klageverfahren besteht die Möglichkeit, diese Frage durch die Anordnung der sofortigen Vollziehung der Entscheidung über die Versetzung in den Ruhestand zu regeln, § 80 Abs. 3 VwGO.²⁾

Im Zwangspensionierungsverfahren ist in § 44 BBG eine vorläufige, behördliche Regelung der Pensionierung des Beamten nicht vorgesehen. Dies hat der Gesetzgeber dadurch deutlich zum Ausdruck gebracht, daß er zwar im Disziplinarverfahren die vorläufige Dienstenthebung in § 91 BDO und die teilweise Einbehaltung der Dienstbezüge in § 92 BDO gesetzlich ge-

1) Plog-Wjedow Anm. 11 zu § 44 BBG; a. A. Maneck-Schirmacher Anm. 7 zu § 53 HessBG ohne Begründung

2) Schütz-Ulland Anm. 9 zu § 47 NWBG; Leusser-Gerner Anm. 5 zu Art. 58 BayBG; Maneck-Schirmacher Anm. 6 zu § 53 HessBG

regelt hat, jedoch im Zwangspensionierungsverfahren nur die Einbehaltung der Dienstbezüge gemäß § 44 Abs. 4 BBG für berechtigt hält und die vorläufige Dienstenthebung in § 44 BBG nicht erwähnt. Gerade weil die vorläufige Dienstenthebung in § 44 BBG nicht genannt ist, ist vor Bekanntgabe der Entscheidung über die Versetzung in den Ruhestand eine vorläufige Dienstenthebung aufgrund der Vorschrift § 44 BBG nicht zulässig.

Es steht dem Dienstherrn jedoch das Recht zu, dem Beamten die Führung der Dienstgeschäfte gemäß § 60 BBG zu verbieten¹⁾. Nach § 60 BBG ist ein Verbot, sein Amt auszuüben, nur berechtigt, wenn zwingende, dienstliche Gründe vorliegen. Da das Zwangspensionierungsverfahren auf die Beendigung des Beamtenverhältnisses gerichtet ist, ist auch ein Verbot nach § 60 S. 2 BBG zulässig, das sich auf einen längeren Zeitraum erstreckt als drei Monate.

II Die Einwendungen des Beamten

1. Die Einwendungen nach Form und Inhalt

Der Beamte, den sein Dienstvorgesetzter für dienstunfähig hält und dem die Absicht, ihn in den Ruhestand zu versetzen, mitgeteilt ist, kann sich noch zu diesem Zeitpunkt damit einverstanden erklären, sich in den Ruhestand versetzen zu lassen,²⁾ um dadurch den umständlicheren³⁾ Fortgang des Zwangspensionierungsverfahrens zu beenden. Die Behörde entscheidet über die Zuruhesetzung in einem solchen Fall gemäß § 43 BBG.⁴⁾

1) Korn Anm. 2 zu § 47 nwbG; Hildebrandt Anm. 1.3. zu § 47 nwbG

2) Plog-Wiedow Anm. 7 zu § 44 BBG; Weiss-Kranz Anm. 5 zu Art. 58 BayBG

3) Schmidt-Ehrenthal Anm. 8 zu § 53 nwbG

4) Plog-Wiedow Anm. 7 zu § 44 BBG

Erhebt der Beamte keine Einwendungen gegen die Mitteilung über seine Zurruhesetzung, so entscheidet die Dienstbehörde über die Versetzung in den Ruhestand, § 44 Abs. 2 BBG.

Werden Einwendungen erhoben, so entscheidet die Dienstbehörde über den Fortgang des Verfahrens, § 44 Abs. 3 BBG.

a) Notwendigkeit einer Schriftform und Begründung

Der Dienstvorgesetzte ist verpflichtet, seine Mitteilung über die beabsichtigte Zurruhesetzung an den Beamten in schriftlicher Form zu richten. An die Form des Vorbringens, in der sich der Beamte gegen die Zurruhesetzung wendet, sind keine besonderen Anforderungen zu stellen¹⁾. Es genügt jedes Verhalten, das erkennen läßt, daß der Beamte die Annahme seiner Zurruhesetzung bezweifelt oder beanstandet²⁾. Die Einwendungen sind weder schriftlich zu erheben, noch sind sie zu begründen, um als zulässig angesehen zu werden. Schon wenn der Beamte gegenüber dem Dienstherrn in irgendeiner Form zu erkennen gibt, daß er mit der Zurruhesetzung nicht einverstanden ist, wird die Dienstbehörde die Reaktion des Beamten als Einwendung zu beachten haben und eine Entscheidung gemäß § 44 Abs. 2 BBG über die Zurruhesetzung ist zu diesem Zeitpunkt nicht zulässig.

Erst wenn der Beamte auf die Mitteilung seines Vorgesetzten in keiner Weise reagiert und der Beamte den Ablauf des Zwangspensionierungsverfahrens nicht zu beeinflussen versucht, wird über seine Zurruhesetzung ohne seinen Willen entschieden werden können, § 44 Abs. 2 BBG. Der Gesetzgeber hat keine

1) OVG Hbg VRsp 52, 88 (93)

2) Grabendorff-Arend Anm. 2c zu § 58 rh-pfBG; Crisolli Schwarz Anm. 6 zu § 53 hessBG; Bockhalli Anm. 2 zu § 47 nwbG

Veranlassung gesehen, in dem Fall, in dem sich der Beamte seiner Zuruhesetzung nicht entgegensetzt und schweigt, den Sachverhalt erneut zu ermitteln.

b) Gegenstand der Einwendungen

Als Einwendung im Sinne des § 44 Abs. 2, 3 BBG ist die Erklärung des Beamten anzusehen, die erkennen läßt, daß der Beamte die Richtigkeit der Annahme seiner *D i e n s t u n f ä h i g k e i t* zumindestens bezweifelt oder er sich noch für dienstfähig hält.¹⁾ Gegenstand seiner Einwendungen, seiner Beanstandungen und seiner Zweifel muß die Annahme seiner Dienstunfähigkeit sein oder die Versetzung in den Ruhestand. Als Einwendungen im Sinne § 44 Abs. 2 BBG sind nicht anzusehen die Bedenken des Beamten gegen die Höhe seines Ruhegehaltes, gegen den Zeitpunkt der Versetzung in den Ruhestand oder gegen die Ursachen seiner Dienstunfähigkeit²⁾. Macht der Beamte den Dienstherrn für die Dienstunfähigkeit mitverantwortlich mit der Begründung, daß der Dienstherr seine Fürsorgepflicht verletzt habe, indem er sich um die Genesung des Beamten nicht gekümmert habe, so ist darin keine Einwendung gegen die Zuruhesetzung im Sinne § 44 Abs. 3 BBG zu sehen. Die Regelung eines Schadensersatzes in der Art einer Naturalrestitution in dem Sinne, daß der Dienstherr den Beamten, dessen Dienstunfähigkeit er mitverschuldet hat, trotz Vorliegens der für eine Pensionierung gesetzlich zwingend vorgeschriebenen Voraussetzungen nicht in den Ruhestand versetzt, ist gesetzlich nicht zulässig.³⁾

1) OVG Hbg VRsp. 52, 88 (93)

2) Weiss-Kranz Anm. 6 zu Art. 58 BayBG; Maneck-Schirmacher Anm. 3 zu § 53 hessBG; Schmidt-Ehrenthal Anm. 9 § 56 ndsBG; Plog-Wiedow Anm. 8 zu § 44 BBG; Fischbach Anm III 1 zu BBG (1964)

3) BVwG VI C 176, 61 vom 24.6.1965, S. 21, ZBR 65, 346 (347)

Wendet sich der Beamte gegen die Annahme seiner Dienstunfähigkeit, so ist die Dienstbehörde nicht berechtigt, gemäß § 44 Abs. 2 BBG die Versetzung des Beamten in den Ruhestand auszusprechen. Die Dienstbehörde ist vielmehr verpflichtet, eine Entscheidung nach § 44 Abs. 3 BBG darüber zu treffen, ob sie weiterhin an ihrer Auffassung festhalten will, den Beamten für dienstunfähig hält und das Verfahren nach § 44 Abs. 4 BBG fortführt oder ob sie die Versetzung des Beamten in den Ruhestand nicht mehr für erforderlich hält und das Verfahren einstellt, § 44 Abs. 3 BBG.

2. Einhaltung der Monatsfrist

Eine Entscheidung über die Fortsetzung des Verfahrens gemäß § 44 Abs. 3 BBG ist jedoch nur dann erforderlich, wenn der Beamte die Einwendungen gegen die beabsichtigte Zurruesetzung innerhalb der Frist von e i n e m Monat erhoben hat¹⁾.

Die Monatsfrist beginnt in dem Zeitpunkt zu laufen, in dem dem Beamten die Absicht, ihn in den Ruhestand zu versetzen, mitgeteilt bzw. ihm diese Mitteilung zugestellt worden ist.²⁾ Die Frist wird nicht in Lauf gesetzt, wenn die Behörde in ihrer Mitteilung den Beamten unzutreffend belehrt, insbesondere wenn sie nebensächliche Förmlichkeiten als zwingend hinstellt und in dem Beamten den Eindruck erweckt, daß die Verfolgung seiner Rechte beschwerlich sei.³⁾ Gleichgültig ist hierbei, daß die unrichtigen Belehrungen vom Beamten als erschwerend empfunden worden sind oder der Beamte sich getäuscht

1) Weiss-Kranz Anm. 6 zu Art. 58 BayBG

2) Hildebrandt Anm. 2.1. zu § 47 nwbG; Crisolli-Schwarz Anm. 6 zu § 53 hessBG

3) BvVG, IV C 67/57 vom 18. 12. 1957, Bd. 6, 66 (67)
Eine Dienstbehörde wurde gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn sie selbst auf rechtswidriger Weise dazu beiträgt, daß der Beamte keine Einwendungen erhebt, und sich dann auf den Beginn des Fristenlauf berufen würde, sobald der Beamte nach einem Monat dennoch Einwendungen erhebt. Sie würde gegen das Verbot der unzulässigen Rechtsausübung verstoßen.

fühlte¹⁾.

Der Beamte kann in einem solchen Fall noch nach Ablauf von einem Monat seit Zustellung der Mitteilung Einwendungen gegen die beabsichtigte Zurruesetzung erheben und die Dienstbehörde wird dadurch gezwungen, über die Fortsetzung des Verfahrens zu entscheiden. Eine schon getroffene Entscheidung nach § 44 Abs. 2 BBG, die die Zurruesetzung des Beamten ausspricht, ist rechtswidrig.²⁾ Insoweit kommt deutlich zum Ausdruck, daß die Verfahrensvorschriften in § 44 BBG eine Schutzgarantie zugunsten des Beamten darstellen.

3. Versäumung der Monatsfrist

Hat der Beamte zwar Einwendungen gegen die beabsichtigte Zurruesetzung erhoben, hat er jedoch die Annahme seiner Dienstunfähigkeit erst nach Ablauf der Einmonatsfrist beanstandet, so sind seine Einwendungen zwar nicht als gegenstandslos³⁾ anzusehen, die Behörde ist jedoch berechtigt, unter Berücksichtigung seiner Einwendungen über seine Zurruesetzung unmittelbar zu entscheiden⁴⁾.

Die Dienstbehörde ist jedoch nicht gezwungen, nach Ablauf der Frist unmittelbar über die Zurruesetzung zu entscheiden⁵⁾. Sie kann auch gemäß § 44 Abs. 3 BBG anordnen, daß das Verfahren eingestellt oder fortgeführt und ein unabhängiger Ermittlungsbeamter mit der Aufklärung des Sachverhaltes beauftragt wird, § 44 Abs. 4 BBG⁶⁾. Es handelt sich bei der Rege-⁷⁾

1) BVwG II C 101/63 vom 6.7.1967, S. 10 mit Hinweisen

2) BVwG wie zu 1), ~~2-BR 68, 78 (80)~~

3) Schütz-Ulland Anm. 3 zu § 47 nwbG; Plog-Wiedow Anm. 8 zu § 44 BBG; Hefeke-Schmidt Anm. 7 zu Art. 58 BayBG; Leusser-Gerner Anm. 2 zu Art. 58 BayBG; Maneck-Schirrmacher Anm. 3 zu § 53 hessBG

R 68, 78 (80) 4) BVwG II C 101/63 vom 6.7.1967, S. 8 u. 11; Bochallii Anm. 2 zu § 47 nwbG; Fischbach Anm. II zu § 44 BBG

5) Wie zu 3) a.A. Weiss-Kranz Anm. 6 zu Art. 58 BayBG

6) Wie zu 3)

7) Sachse-Topka Anm. 7 zu § 56 ndsBG; wie zu 3)

lung des § 44 Abs.2 BBG nicht um eine Ausschlußfrist. Innerhalb der Monatsfrist hat der Beamte Gelegenheit, sich zu überlegen, ob er gegen die beabsichtigte Zurruesetzung Einwendungen erheben will oder nicht.

III Das Ermittlungsverfahren nach § 44 Abs.4 BBG

Hält die Dienstbehörde nach nochmaliger Prüfung des bisher ermittelten Sachverhaltes und der Einwendungen des Beamten die Pensionierung des Beamten für notwendig, so entscheidet sie, daß das Verfahren fortgeführt wird, und sie ist dann verpflichtet, einen Beamten zu bestellen, der den Sachverhalt erneut zu ermitteln hat. Er wird im folgenden Ermittlungsführer genannt.

1. Die Rechtsstellung des Ermittlungsführers

a) Unabhängigkeit gegenüber der Dienstbehörde

Es ist oben schon ausgeführt worden¹⁾, daß sich der Sachverhalt einer Zwangspensionierung oft in der Sache und im Ablauf kompliziert darstellt. Um zu einer gerechten und lebensnahen Beurteilung des Sachverhaltes zu kommen, ist es gerechtfertigt, daß mit der Ermittlung des Sachverhaltes ein Beamter Beauftragt wird, der selbst in dem Verwaltungszweig tätig ist, in dem der betroffene Beamte bisher seine Dienstaufgaben erfüllte.

Dadurch ist der Vorzug gegeben, daß der Ermittlungsführer mit dem Ablauf der betreffenden Dienstgeschäfte vertraut ist und beurteilen kann, wie im allgemeinen die Kollegen des betroffenen Beamten ihre Dienstpflichten erfüllen.

Diesem Vorzug wirken jedoch zwei Gefahren entgegen.. Es besteht die Gefahr, daß ein Beamter des gleichen

1) Seite 12 der Arbeit

Verwaltungszweiges den Sachverhalt bei seinen Ermittlungen mit zu wenig Abstand sieht und er dazu neigt, die Ursachen, die den betroffenen Beamten mit seinen Dienstpflichten in Konflikt geraten ließen, in ihrer Bedeutung zu gering zu achten. Zum andern könnten nicht zuletzt die Weisungsbefugnis seiner Dienstbehörde und das Bewußtsein des Beamten, sich zur Erfüllung der schon zuvor geäußerten Wünsche seiner Dienstbehörde verpflichtet zu fühlen, die Ermittlungen nachteilig beeinflussen.

Um diese Gefahren in ihrer Entstehung zu hindern, hat der Gesetzgeber die Stellung des Ermittlungsführers im Zwangspensionierungsverfahren besonders gesetzlich geregelt.

aa) Ermittlungen als unabhängige und weisungsfreie Tätigkeit in eigener Verantwortung

Der Ermittlungsführer wird zwar von seiner Dienstbehörde mit den Ermittlungen des Sachverhaltes betraut, seine Tätigkeit führt er jedoch nicht im Auftrage seiner Dienstbehörde aus.¹⁾ Er ermittelt den Sachverhalt in eigener Verantwortung²⁾ und ist gegenüber seiner Dienstbehörde unabhängig und an Weisungen seines Dienstherrn nicht gebunden (§ 44 IV2 BBG i.V. mit § 56 Abs.3 S.1 BDO).

bb) Vorbereitung einer Verwaltungsentscheidung

Mit der Unabhängigkeit des Ermittlungsführers ist der Gefahr einer einseitig geführten Ermittlung

1) BVwG VI C 179/61 vom 9.12.1964, Buchholz Nr.5, S.14
zu § 44 BBG

2) wie zu 1)

begegnet. Gleichzeitig kommt zum Ausdruck, daß der Ermittlungsführer weder verpflichtet noch berechtigt ist, diejenige Überzeugung und Auffassung, die seine Dienstbehörde über die Dienstunfähigkeit des betroffenen Beamten zuvor gefaßt und diesem gegenüber geäußert hat, mit Beweismitteln und einer vertretbaren, rechtlichen Begründung zu unterstützen¹⁾ oder zu rechtfertigen.

Die gegenteilige Ansicht von Crisolli-Schwarz²⁾ wird ohne nähere Begründung vertreten und ist mit der Unabhängigkeit des Ermittlungsführers und den auf den Schutz des betroffenen Beamten ausgerichteten Sinn und Zweck des Verfahrens unvereinbar. Sie berücksichtigt im übrigen nicht, daß das Zwangspensionierungsverfahren als Vorbereitung einer geeigneten Grundlage³⁾ für eine endgültige und noch erst zu treffende Entscheidung über die Zurruesetzung aufgefaßt wird. Die Tätigkeit des Ermittlungsführers soll eine Entscheidung erst ermöglichen und nicht die schon getroffene, aber noch nicht kundgetane Entscheidung der Dienstbehörde stützen und rechtfertigen.⁴⁾

b) Unabhängigkeit und Unvoreingenommenheit
gegenüber dem betroffenen Beamten

Der Ermittlungsführer ist gegenüber dem betroffenen Beamten weder verpflichtet noch berechtigt, ausschließlich ihn in seinen Interessen zu unter-

1) BVwG VI C 176/61 vom 9.12.1964, Buchholz Nr. 5, S. 15 zu § 44 BBG

2) Crisolli-Schwarz Anm. 14a zu § 53 hessBG

3) BVwG wie zu 1)

4) BVwG VI C 56/63 vom 17.10.1966, S. 8/9; vgl. Seite 5/6 der Arbeit; 2 BR 67, 148

stützen und seinen Standpunkt gegenüber der Dienstbehörde zu vertreten. Wie gegenüber der Dienstbehörde, so ist er auch gegenüber dem betroffenen Beamten unabhängig.¹⁾ Insbesondere hat er gegenüber dem Beamten seine Tätigkeit unvoreingenommen und unparteiisch²⁾ auszuüben. Der allgemeine Verfahrensgrundsatz des Handlungsverbots bei Befangenheit ist im Zwangspensionierungsverfahren besonders gesetzlich geregelt (§ 44 IV 2 BBG i. V. mit § 56 IV BDO). Dieser Verfahrensgrundsatz wird dadurch garantiert, daß der Beamte berechtigt ist, den Ermittlungsführer abzulehnen, wenn sich dessen Befangenheit und

Parteilichkeit herausstellt. Das Recht eines Verfahrensbeteiligten, einen befangenen Beamten abzulehnen, besteht im allgemeinen nur, wenn dieses Recht gesetzlich ausdrücklich vorgesehen ist.³⁾

Da in § 44 Abs. 4 S. 2 BBG die Vorschriften der Bundesdisziplinarordnung über den Untersuchungsführer entsprechend für anwendbar erklärt werden,⁴⁾ ist die Vorschrift § 56 IV BDO auch auf den Ermittlungsführer entsprechend anzuwenden, so daß der Beamte den Ermittlungsführer ablehnen kann.

Die Auffassung von Schütz-Ulland⁵⁾, daß der Ermittlungsführer nicht abgelehnt werden könne, bleibt ohne Begründung. Sie verweisen auf eine Entscheidung des OVG⁶⁾ des Landes Nordrhein-Westfalens, das eine entsprechende Anwendung des § 44 III BDO (a. F.) im Zwangspensionierungsverfahren verneint, da durch die Regelung der Rechte und Pflichten des Ermittlungs-

1) BVwG VI C 179/61 vom 9.12.1964, Buchholz Nr. 5,

S. 15 zu § 44 BBG; Schütz-Ulland Anm. 7 zu § 47 nwbG
Hildebrandt Anm. 2.4.1 zu § 47 nwbG

2) BVwG II C 102/64 vom 6.7.1967, S. 15, ZBR 67, 335

3) Wolff Bd. III, Verwaltungsrecht S. 238

4) Vgl. Begründung Seite 46 der Arbeit

5) Schütz-Ulland Anm. 7 zu § 47 nwbG

6) OVG nw zitiert bei Witaschek ZBR 1956, 321 Nr. 3

führers nicht auch die Ablehnung des Ermittlungsführers erfaßt werde und für die Tätigkeit einer Bundesdisziplinarkammer im Zwangspensionierungsverfahren kein Raum sei.

Diese Begründung überzeugt nicht. Einmal wird durch die in § 56 BDO gesetzlich geregelte Pflicht des Untersuchungsführers und damit auch die des Ermittlungsführers, unparteiisch und unabhängig tätig zu sein, das Handlungsverbot bei Befangenheit angesprochen, und die Ablehnung des Untersuchungsführers wird gleichfalls in § 56 IV BDO geregelt. Die rechtliche Stellung des Untersuchungsführers schließt das Recht des Beschuldigten ein, den Untersuchungsführer abzulehnen. Dem Ermittlungsführer wird im Zwangspensionierungsverfahren die gleiche Rechtsstellung, wie sie der Untersuchungsführer inne hat, zugewiesen, so daß der Ermittlungsführer wie der Untersuchungsführer wegen Befangenheit abgelehnt werden kann.

Die Tatsache, daß eine Bundesdisziplinarkammer im Zwangspensionierungsverfahren nicht tätig werden kann, rechtfertigt nicht, dem Beamten das Recht, den Ermittlungsführer wegen Befangenheit abzulehnen, zu verweigern. Die Vorschriften der Bundesdisziplinarordnung sind im Zwangspensionierungsverfahren nur entsprechend anzuwenden und nicht unmittelbar, so daß über den Ablehnungsantrag nicht die Bundesdisziplinarkammer, sondern die Dienstbehörde entscheidet, die den Ermittlungsführer eingesetzt hat.

Sicherlich gibt es im Zwangspensionierungsverfahren ~~keine~~ mit der Bundesdisziplinarkammer vergleichbare Stelle, die für die "Beschwerde" gegen die Entscheidung der Dienstbehörde über den Ablehnungsantrag zuständig sein wird. Unter entsprechender Anwendung der Bundesdisziplinarordnung sind jedoch die Rechtsmittel gegen die Entscheidung über den Ablehnungsantrag unter den allgemeinen Voraussetzungen zulässig, die im Zwangspensionierungsverfahren¹⁾ und im allgemeinen²⁾ Verwaltungsverfahren gegen die Entscheidung einer Verwaltungs-

1) Vgl. Seite 65, 70 Nr. 8 der Arbeit

behörde gegeben sind.

c) Der Ermittlungsführer als Untersuchungsführer

Da der Ermittlungsführer unabhängig ist, und zwar sowohl dem Beamten als auch der Dienstbehörde gegenüber, ist ihm zwischen den Beteiligten die Stellung zugewiesen, die mit derjenigen eines unabhängigen Gerichts, das den Sachverhalt als Unparteiischer ermittelt, vergleichbar ist. Seine Tätigkeit unterscheidet sich jedoch von derjenigen eines Gerichts dadurch, daß der Ermittlungsführer weder den ermittelten Sachverhalt rechtlich würdigt, noch eine verbindliche Entscheidung über die Zurechnung trifft. Er hat vielmehr wie der Untersuchungsführer¹⁾ im Disziplinarverfahren den Sachverhalt nur zu ermitteln, um damit eine erst noch zu treffende Entscheidung einer Dienstbehörde sorgfältig vorzubereiten.

Dabei ist zu berücksichtigen, daß der Ermittlungsführer zwar die rechtliche Stellung eines Untersuchungsführers einnimmt, ohne jedoch selbst ein Untersuchungsführer zu sein.²⁾ Vom Untersuchungsführer unterscheidet er sich dadurch, daß er nicht wie der Untersuchungsführer einen Sachverhalt, auf dem der Vorwurf eines Dienstvergehens beruht, ermittelt und eine evtl. strafende Maßnahme vorbereitet, sondern die Umstände einer angenommenen Dienstunfähigkeit ermittelt und seine Tätigkeit keineswegs einen disziplinarischen Charakter hat oder gar als diskriminierend erscheint³⁾ und in keinem Fall die Rechtsstellung des Beamten mindert.⁴⁾

1) Vgl. Schütz DÖD 1961, 181ff

2) Plog-Wiedow Rdn. 10 zu § 44 BBG

3) Schütz-Ulland Anm. 7 zu § 47 nwbG; Sachse-Topka Anm. 9b zu § 56 ndsBG; Plog-Wiedow Rdn. 1 zu § 44 BBG

4) Schütz-Ulland a.a.O.

2. Die Rechte und Möglichkeiten des Ermittlungsführers, den Sachverhalt aufzuklären

a) Die Anwendbarkeit der §§ 56 ff BDO

Da in § 44 Abs. 4 S. 2 2. HS dem Ermittlungsführer die Rechtsstellung eines Untersuchungsführers zugewiesen worden ist, sind die Vorschriften §§ 56 ff BDO entsprechend anzuwenden.¹⁾

Es ist jedoch eine entsprechende Anwendung derjenigen Vorschriften der Bundesdisziplinarordnung ausgeschlossen, die dem Wesen und dem Sinn und Zweck des Zwangspensionierungsverfahrens widersprechen²⁾, insbesondere wenn sie der Sachverhaltsaufklärung nicht unmittelbar dienen³⁾ oder das Verfahren als disziplinarisch oder als diskriminierend erscheinen lassen.⁶⁾

b) Die Hinzuziehung eines Schriftführers

Die Vorschrift § 57 BDO ist auf das Zwangspensionierungsverfahren entsprechend anwendbar⁴⁾. Sie widerspricht nicht dem Sinn und Zweck des Verfahrens und unterstützt das Ziel, die Entscheidung einer Dienstbehörde sorgfältig vorzubereiten, insbesondere den Ermittlungen und den Aufzeichnungen einen objektiven Beweiswert zu sichern. Insoweit kommt, wie auch in den folgenden Darstellungen, ein prozeßähnliches Erscheinungsbild im Zwangspensionierungsverfahren zum Ausdruck.

c) Die Ladung und Vernehmung des Beamten

Da der Ermittlungsführer zu dem betroffenen Beamten in keinem Rechtsverhältnis steht, aus dem eine Weisungsbefugnis hergeleitet werden kann, und

1) Fischbach Anm. III 2 zu § 44 BBG; Weiss-Kranz Anm. 8

der Ermittlungsführer nicht als Vertreter der Dienstbehörde auftritt und deren Weisungsrecht nicht ausüben kann, wäre der Ermittlungsführer nicht berechtigt, den Beamten ohne dessen Einverständnis zu laden und zu vernehmen. Die Vernehmung des Beamten ist jedoch für eine Aufklärung des Sachverhaltes, insbesondere um sich von dem Beamten einen persönlichen Eindruck zu verschaffen, unerlässlich⁵⁾, so daß kein Grund entgegensteht, die Vorschrift § 59 BDO auf das Zwangspensionierungsverfahren entsprechend anzuwenden.

d) Ladung und Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen

Da eine Behörde nicht berechtigt ist, jemanden ohne eine gesetzliche Grundlage oder ohne sein Einverständnis zu einer Vernehmung zu laden und ihn über seine Kenntnisse und sein Wissen zu befragen, ist eine gesetzliche Regelung notwendig, auf Grund der der Ermittlungsführer Zeugen und Sachverständige laden und vernehmen kann. Denn der Ermittlungsführer steht zu keinem Zeugen oder Sachverständigen wie der Dienstherr zu den Kollegen des betroffenen Beamten in einem Rechtsverhältnis, aufgrund dessen er ihnen Weisungen erteilen könnte.

Die Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen fordert jedoch seine Tätigkeit, und sie widerspricht nicht dem Sinn und Zweck eines Zwangspensionierungsverfahrens, so daß der Ermittlungsführer gemäß § 44 Abs. 4 BBG i. V. mit § 58 § 1 BDO berechtigt ist, Zeugen und Sachverständige zu einer Vernehmung zu laden.

zu Art. 58 BayBG; Bernard-Hoffmann Anm. 2 zu § 49 BawÜBG; Plog-Wiedow Rdn. 10 zu § 44 BBG; Hefele-Schmidt Anm. 9 zu Art. 58 BayBG 2) Hildebrandt Anm. 2.4.1 zu § 47 NWBG; 3) Plog-Wiedow Rdn. 10 zu § 44 BBG

4) wie zu 1)

5) OLG Hamm OLG 1968, 239 (243)

6) Schütz DÜD 1965, 41 (47)

Ob der Ermittlungsführer berechtigt ist, die Zeugen und Sachverständigen zu vereidigen, ist streitig. Hildebrandt verneint diese Frage¹⁾ entgegen der hM.²⁾

Es ist der hM zu folgen, da das Recht der Vereidigung in § 58 S. 1 BDO vorgesehen ist und keine Gründe ersichtlich sind, daß eine Vereidigung dem Sinn und Zweck des Zwangspensionierungsverfahren entgegensteht. Durch die prozeßähnliche Gestaltung des Verfahrens werden alle Beteiligten veranlaßt, sich ernsthaft zu bemühen, den Sachverhalt mit aufklären zu helfen. Jeder ist wie in einem gerichtlichen Verfahren zu einer Aussage verpflichtet,⁴⁾ soweit er kein Zeugnisverweigerungsrecht hat; eine Nachlässigkeit in der Aussage wird vermieden. In dieser verfahrensrechtlichen Regelung wird erreicht, daß nicht der Zufall darüber entscheidet, ob der Sachverhalt aufgeklärt wird oder nicht.

e) Kein Recht auf Anordnung einer Beschlagnahme und Durchsuchung

In der Vorschrift § 58 S. 2 BDO, in der das Recht des Untersuchungsführers vorgesehen ist, Beschlagnahmen und Durchsuchungen anzuordnen, kommt ein diskriminierender Charakter von Maßnahmen in einem Disziplinarverfahren zum Ausdruck. Eine entsprechende Anwendung des § 58 S. 2 BDO ist abzulehnen³⁾. Eine Durchsuchung und Beschlagnahme ist nur in dem Fall für eine Sachverhaltsaufklärung notwendig, in dem anzunehmen ist, daß der Betroffene aus Furcht vor Strafe Beweismittel dem Verfahren entzieht. Eine Zwangspensionierung hat jedoch nicht den Charakter

1) Hildebrandt Anm. 2.4.1 zu § 47 nWBG

2) Schütz-Ulland Anm. 7 zu § 47 nWBG; Boc halli Anm. 2 zu § 47 nWBG; Hefe-Schmidt Anm. 9 zu Art. 58 BayBG; Fischbach Anm. III 2 zu § 44 BBG; BVwG II C 102/64 vom 6.7.1967, S. 17

3) Plog-Wiedow Rdn. 10 zu § 44 BBG; a.A. Hefe-Schmidt Anm. 9 zu Art. 58 BayBG ohne Begründung

4) Bei einer falschen Aussage ist Strafbarkeit nach §§ 153, 154 StGB gegeben (Schönke-Schröder Anm. 6 zu § 154 StGB; BGHSt 10, 142 (143) für das Disziplinarverf.)

einer Strafmaßnahme, und es widerspricht dem Sinn und Zweck eines Zwangspensionierungsverfahrens, insbesondere der Schutzgarantie zugunsten des Beamten, wenn der Beamte in diskriminierender Weise von einer Beschlagnahme oder Durchsuchung betroffen wird. Die Rechte des Ermittlungsführers finden da ihre Grenze, wo die Rechtsstellung des Beamten gemindert wird ¹⁾ und eine Maßnahme zur Sachverhaltsaufklärung nicht erforderlich ist ²⁾. Eine Beschlagnahme oder eine Durchsuchung im rechtlich geschützten Bereich des Beamten würde jedoch seine Rechtsstellung mindern und gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstoßen. Eine Sachverhaltsaufklärung in dieser Form ist zu einer ordnungsgemäßen Durchführung eines Zwangspensionierungsverfahrens nicht notwendig.

Die entsprechende Anwendung des § 58 S. 2 BDO auf das Zwangspensionierungsverfahren ist deshalb abzulehnen.

f) Anordnung einer Untersuchung in einer Heil- und Pflegeanstalt

Da zur Sachverhaltsaufklärung eine ärztliche Untersuchung und eine Beobachtung in einer Heil- und Pflegeanstalt unerlässlich sein kann, um über den Geisteszustand eines Patienten eine wissenschaftlich begründete Aussage machen zu können, entspricht es dem Sinn und Zweck des Ermittlungsverfahrens nach § 44 Abs. 4 BBG, daß sich der Beamte in einer Heilanstalt untersuchen läßt, wenn Zweifel an der Gesundheit seiner Geisteskräfte begründet sind. Die Pflicht des Beamten, sich auf den Rat eines Amtsarztes und der Anordnung seiner Dienstbehörde beobachten zu lassen, ist schon in § 42 Abs. 1 S. 3 BBG gesetzlich vorgeschrieben. Der Ermittlungsführer wird demnach gemäß

1) Schütz-Ulland Anm. 7 zu § 47 nwbG; Schütz DÖD 65, 41/7

2) Plog-Wiedow Anm. 10 zu § 44 BBG

§ 44 Abs.4 BBG i.V. mit § 60 BDO berechtigt sein, den Beamten bei gegebenen Anlaß aufzufordern, sich in einer Heil- und Pflegeanstalt beobachten zu lassen, da keine Gründe ersichtlich sind, diese Befugnis nicht auch dem Ermittlungsführer zu gestatten¹⁾.

Es widerspricht jedoch dem Sinn und Zweck des Zwangspensionierungsverfahrens, den Beamten gegen seinen Willen in eine Heil- und Pflegeanstalt zwangsweise einzuliefern. Die Rechtsstellung würde in einem solchen Fall gemindert werden. Ein Beamter ist durch die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens nicht schlechter zu stellen als ein Beamter, der gegen die beabsichtigte Zurruhesetzung keine Einwendungen erhebt und die Rechtmäßigkeit seiner Zurruhesetzung sogleich in einem anschließenden Widerspruchsverfahren überprüfen läßt. Ein Ermittlungsverfahren wird nicht gegen den Willen des Beamten durchgeführt²⁾, so daß der Beamte nach seinem Belieben einem Ermittlungsverfahren und den Anordnungen eines Ermittlungsführers entgehen kann.

Der Ermittlungsführer ist demnach nicht berechtigt, den Beamten zwangsweise in eine Heil- und Pflegeanstalt zu einer ärztlichen Untersuchung einzuweisen³⁾. Um hierzu berechtigt zu sein, muß eine gesetzliche Ermächtigung vorliegen. Ohne daß der Ermittlungsführer zugleich als Pfleger mit dem Wirkungskreis der Aufenthaltsbestimmung oder als Vormund bestellt ist, kann der Ermittlungsführer gegen den Beamten keine Zwangsmittel anordnen⁴⁾. Die Auffassung von Fischbach, daß der Beamte unter Zwang in eine Heil- und Pflegeanstalt eingewiesen werden könne, ist dahin zu verstehen, daß dies nur unter den Voraussetzungen

1) Plog-Wiedow Rdn. 10 zu § 44 BBG; Schütz-Ulland Anm. 7 zu § 47 nWBG; Hefe-Schmidt Anm. 9 zu Art. 58 BayBG; Bockhahn Anm. 3 zu § 47 nWBG

2) Vgl. Seite 3536 der Arbeit

3) Wie zu 1)

4) Unter welchen Voraussetzungen ein Pfleger mit dem Wirkungskreis der Aufenthaltsbestimmung bestellt werden kann vgl. AmtsG Bln-Wedding FamRZ 1968, 542 ff, 547 ff mit weiteren Hinweisen; die Bestellung des Ermittlungsführers als Pfleger würde mit seiner Unabhängigkeit nicht vereinbar sein.

der Vorschriften des Gesetzes über die Freiheitsentziehung oder der Unterbringungsgesetze der Länder zulässig ist¹⁾. Diese Gesetze geben dem Ermittlungsführer oder der Dienstbehörde des Beamten keine Befugnisse.

g) Das Recht des Ermittlungsführers zur Entscheidung über den Umfang der Ermittlungen

Aufgrund seiner Stellung als unabhängiger und weisungsfreier Amtswalter im Ermittlungsverfahren ist der Ermittlungsführer allein berechtigt, über den Gang, insbesondere über den Abschluß des Verfahrens zu bestimmen.²⁾ Er ist zwar nicht Herr über den Gegenstand des Ermittlungsverfahrens, aber den Inhalt seiner Ermittlungen kann er bestimmen. Er ordnet an, in welchem Umfang Ermittlungen angestellt³⁾, welche Akten beigezogen, welche Zeugen vernommen werden und welcher Sachverständige über welche Frage mit der Erstattung eines Gutachtens beauftragt wird, wann ein Ermittlungsvorgang abgebrochen und wann das Ermittlungsverfahren abgeschlossen wird.

3. Die Pflichten des Ermittlungsführers

a) Zulassung eines Rechtsbeistandes

Zwar sind die Vorschriften der Bundesdisziplinarordnung nicht ohne weiteres anzuwenden⁴⁾. Die

1) Fischbach Anm. III 2 zu § 44 BBG

2) BVwG II C 61/64 vom 16.9.1965, S. 10; BVwG vom 17.10.1966 VI C 56/63, S. 9, **2 BR 67, 148 (149)**

3) Schütz-Ulland Anm. 7 zu § 47 nwbG

4) Bernard-Hoffmann Anm. 2 zu 49 bawüBG; Grabendorff-Arend Anm. 2c, cc zu § 58 rh-pfBG

Bestimmungen, die sich auf die Tätigkeit des Untersuchungsführers beziehen, sind jedoch nach Sinn und Zweck des Verfahrens entsprechend anzuwenden. Dazu gehört auch die Bestimmung § 40 der Bundesdisziplinarordnung, nach der der betroffene Beamte in jeder Lage des Verfahrens die Hilfe eines Rechtsbeistandes in Anspruch nehmen kann. Der Ermittlungsführer hat demnach die Tätigkeit eines Rechtsbeistandes im Ermittlungsverfahren zuzulassen¹⁾, so daß ein Rechtsanwalt als Bevollmächtigter des Beamten das Recht hat, Einsicht in die Akten und Unterlagen des Verfahrens zu nehmen, § 40 Abs. 1 BDO.

Wenn Sachse-Topka²⁾ die Bestellung eines Verteidigers nicht für zulässig halten, so wird damit die Zulassung eines Rechtsbeistandes nicht berührt³⁾. Wie auch im allgemeinen Verwaltungsverfahren kann der Verfahrensbeteiligte sich durch einen Rechtsbeistand vertreten lassen. Es entspricht dem Sinn und Zweck des Zwangspensionierungsverfahrens, daß der Beamte in der Wahrung seiner rechtlichen Interessen unterstützt wird, insbesondere wenn seine Belange in rechtlicher Hinsicht und in schwierigen, sachbezogenen Fragen zu beurteilen sind. Dem kann nicht entgegengehalten werden, daß die Ermittlungen im Zwangspensionierungsverfahren überwiegend auf die tatsächliche Seite des Sachverhaltes gerichtet sind. Gerade der Umstand, daß der Beamte als Betroffener es schwer haben kann, die Bedeutung eines Beweismittels für das Verfahren zu werten, die Aussagen eines Zeugen zu würdigen und Sachverständigengutachten in ihrer Aussage zu überprüfen, rechtfertigt es, daß sich der Beamte dem Rat eines in der Sache unbefangenen Rechts-

1) Schmidt-Ehrenthal Anm. 2 zu § 56 ndsBG; Bernard-Hoffmann Anm. 2 zu § 49 bawüBG; Grabendorff-Arend Anm. 2c (cc) zu § 58 rh-pf BG; Gerhardt Anm. 5 zu § 49 bawüBG; Fischbach Anm. III 2 § 44 BBG;

2) Sachse-Topka Anm. 9c zu § 56 ndsBG

3) Plog-Wiedow Rdn. 10 zu § 44 BBG

beistandes bedient, der seine Einwendungen verständnisvoll und überzeugend darzustellen vermag. Erst unter diesen Voraussetzungen ist die Möglichkeit gewährleistet, unter den gegebenen Umständen die für den Beamten günstigste Beurteilung seiner Dienstleistungen und seines Verhaltens zu erreichen und seine Rechte zu wahren.

b) Gewährung von Akteneinsicht

Zu seinen weiteren Pflichten gehört es, daß der Ermittlungsführer in die dem Verfahren beigezogenen Akten¹⁾, insbesondere in die ärztlichen Gutachten²⁾ Einsicht gewährt. Die in § 61 III BDO genannte Pflicht des Untersuchungsführers hat auch der Ermittlungsführer im Zwangspensionierungsverfahren zu erfüllen. Andernfalls es dem Beamten nur unter erschwerenden Umständen möglich wäre, die auf den Unterlagen beruhenden Würdigungen und Schlußfolgerungen der Dienstbehörde zu überprüfen und die gegen ihn gerichteten Vorwürfe zu entkräften. Die Gewährung der Einsichtnahme in die Behördenakten liegt demnach nicht im Ermessen der Behörde bzw. des Ermittlungsführers.

c) Ladung des Beamten zu Beweiserhebungen

Der Beamte ist unter entsprechender Anwendung des § 61 I 1 BDO berechtigt, an den Beweiserhebungen des Ermittlungsführers teilzunehmen. Gemäß § 44 Abs. 4 S. 3 BBG ist der Beamte zu Vernehmungen der Zeugen und Sachverständigen zu laden. In dieser gesetzlichen Regelung kommt die Schutzgarantie, die

-
- 1) Plog-Wiedow Rdn. 10 zu § 44 BBG; Hefele-Schmidt Anm. 9 zu Art. 58 BayBG
 - 2) ZH den Feststellungen in einem Gutachten ist der Beamte zu hören (BVwG II C 10/63 vom 22.10.1964 S. 8, zBR 65, 151 (152))

das Zwangspensionierungsverfahren gewährleistet, zum Ausdruck. Unter diesen Umständen kann der Beamte, der sich während der Beweiserhebungen auch der Hilfe eines Rechtsbeistandes bedienen kann, durch seine Fragen die Zeugen und Sachverständigen zu einer unmißverständlichen und klaren Aussage veranlassen.

d) Nachprüfung aller Angaben des Beamten

Der Ermittlungsführer hat nicht nur die Behauptungen und die Hinweise auf ihre Richtigkeit zu überprüfen, auf die er durch Zeugenaussagen und Aktenvermerke der Dienstbehörde gestoßen ist, sondern er hat auch alle Behauptungen und Angaben des Beamten zu klären und nachzuprüfen.¹⁾ Auf diesem Wege kommen auch dem Beamten die zahlreichen Informationsmöglichkeiten einer Dienstbehörde zugute, da die anderen Behörden auf Verlangen des Ermittlungsführers zur Amtshilfe verpflichtet sind. Ohne diese Hilfe würde der Beamte weit mehr Zeit und Arbeit aufwenden müssen, um seine Einwendungen mit Beweismitteln zu belegen und seine Rechte zu wahren.

e) Stattgabe der Beweisanträge des Beamten

Um zu gewährleisten, daß die Beweisstücke in einem ordnungsgemäßen Verfahren ermittelt werden, ist der Beamte berechtigt, nicht nur an den vom Ermittlungsführer veranlaßten Beweiserhebungen teilzunehmen, sondern im Ermittlungsverfahren kann der Beamte auch Beweisanträge stellen, denen der Ermittlungsführer

1) BVwG II C 61/64 vom 16.9.1965, S.10; BVwG VI C 56/63 vom 17.10.1966, S.8/9; BVwG VI C 35/62 vom 28.8.1964 S.9; Fischbach Anm.III 2 zu § 44 BBG; Schütz-Ulland Anm. 7 zu § 47 nwbG; Weiss-Kranz Anm.8 zu Art.58 BayBG

2BR 67, 148 (149)

DÖD 65, 111

stattzugeben hat.¹⁾ Insbesondere kann der Beamte beantragen, daß ein ärztliches Gutachten zu erstellen ist oder der Sachverständige sein Gutachten in einer Beweisaufnahme mündlich erläutert, § 61 Abs. 2 BDO. In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, daß die Kosten der Gutachten als Verfahrenskosten die Dienstbehörde zu tragen hat²⁾. In dieser Kostenregelung gibt der Gesetzgeber die Absicht zu erkennen, daß das Zwangspensionierungsverfahren dem Schutz des Beamten dient und sach- und wahrheitsgemäße Ermittlungen ermöglicht und Erwägungen des Beamten über ein Kostenrisiko gar nicht erst Einfluß auf das Verfahren nehmen läßt.

f) Anhörung des Beamten

Der Beamte kann nicht nur dadurch auf den Verlauf des Verfahrens Einfluß nehmen, daß er Beweisangebote stellt und den Ermittlungsführer zur Nachprüfung seiner Angaben und Hinweise veranlaßt, sondern er ist auch berechtigt, während des Verfahrens zu den Beweiserhebungen und Feststellungen des Ermittlungsführers Stellung zu nehmen. Der Ermittlungsführer ist verpflichtet, den Beamten ~~anzuhören~~³⁾, insbesondere auch einzelne Fragen mit dem Beamten zu erörtern. Nach Abschluß der Ermittlungen kann sich der Beamte zu allen Fragen des Ermittlungsergebnisses äußern⁴⁾ und dazu schriftlich Stellung nehmen. Dieses Recht ist in § 44 Abs. 4 S. 4 BBG ausdrücklich geregelt. Der Ermittlungsführer hat in entsprechender Anwendung des § 63 Abs. 1 BDO dem Beamten hierzu Gelegenheit zu geben.

1) Schütz-Ulland Anm. 7 zu § 47 nwbG; Hildebrandt Anm. 2.4.1 zu § 47 nwbG; Hefele-Schmidt Anm. 9 zu Art. 58 BayBG

2) Crisolli-Schwarz Anm. 8 zu § 53 hessBG

3) BR 65, 151/52 BVwG II C 10/63 vom 22.10.1964, S. 8; BVwG II C 61/64 vom 16.9.1965, S. 10/13; BVwG VI C 171/61 vom 9.12.1964, Buchholz Nr. 5, S. 13 zu § 44 BBG

4) Hildebrandt Anm. 2.4.1 zu § 47 nwbG; Schütz-Ulland Anm. 7 zu § 47 nwbG

4. Umfang der Ermittlungen

Offen wurde dargestellt¹⁾, mit welchen Rechten und Pflichten der Ermittlungsführer im Zwangspensionierungsverfahren ausgestattet ist, um den der Pensionierung des Beamten zugrunde liegenden Sachverhalt unter Berücksichtigung des Sinns und Zwecks sowie der Grundsätze des Verfahrens zu ermitteln. Es ist auf die Schwierigkeiten der Ermittlungen und auf die Folgen der Verweigerung einer ärztlichen Untersuchung und der Entbindung von der ärztlichen Schweigepflicht und auf die Notwendigkeit eines ärztlichen Gutachtens hingewiesen worden.²⁾

Die im Eröffnungsverfahren vertretene Auffassung gilt im wesentlichen auch für das Ermittlungsverfahren. Beide Verfahren unterscheiden sich jedoch dadurch, daß die Aufklärung des Sachverhaltes weit intensiver und umfangreicher betrieben wird als im Eröffnungsverfahren und der allgemeine Grundsatz der Ermittlung des Sachverhaltes von Amts wegen eine gesetzlich besondere Ausgestaltung im Ermittlungsverfahren nach § 44 Abs. 4 BBG gefunden hat.

a) Umfassende und erschöpfende Ermittlungen

Seine rechtliche Stellung berechtigt und verpflichtet den Ermittlungsführer, den Sachverhalt so weit und so sorgfältig³⁾ zu klären und zu ermitteln, daß ein in allen Einzelheiten erschöpfender⁴⁾ und umfassender⁵⁾ Überblick über die Ursachen der Dienstunfähigkeit des Beamten geboten wird. Es dürfen keine Ermittlungen unterbleiben, die einen Aufschluß

1) Vgl. Seite 41 ff der Arbeit

2) Vgl. Seiten 20 ff der Arbeit

3) BVwG VI C 56/63 vom 17.10.1966, S. 8/9, 2 BR 67, 148

4) BVwG II C 61/64 vom 16.9.1965, S. 10

5) BVwG VI C 35/62 vom 28.8.1964, S. 9; Müller-Beck Anm. 11 zu § 49 BauÜBG

über die Dienstunfähigkeit des Beamten erwarten lassen.¹⁾ Die Frage der Dienstfähigkeit ist möglichst einer vollständigen Klärung zuzuführen.²⁾ Der Grundsatz des allgemeinen Verwaltungsverfahrens, eine Entscheidung schnell und ohne großen Kostenaufwand zu treffen, ist im Zwangspensionierungsverfahren zurückgestellt.

b) Tatsachen für und gegen den Beamten

Der Ermittlungsführer hat die Einzelheiten des Sachverhaltes unabhängig davon aufzuklären, ob sie der Auffassung der Dienstbehörde über die Dienstfähigkeit des Beamten widersprechen oder sie bestätigen oder die Behauptungen und Einwendungen des Beamten beweisen. Er hat Tatsachen zu ermitteln, die für und gegen die Dienstfähigkeit des Beamten sprechen³⁾.

c) Tatsachen, keine Rechtsauffassungen

Seine Tätigkeit hat der Ermittlungsführer zunächst auf die Ermittlung von Tatsachen zu richten, und zwar unter dem Gesichtspunkt, daß erst nach Abschluß der Ermittlungen der Sachverhalt rechtlich gewürdigt wird. Es ist nicht Aufgabe des Ermittlungsführers, die Dienstbehörde mit der hM in Lehre und Rechtsprechung vertraut zu machen. Wohl sind seine Ermittlungen unter der Beachtung der Auffassung in Lehre und Rechtsprechung auszurichten⁴⁾, so daß bei einer späteren rechtlichen Würdigung des Sachverhaltes keine Frage in tatsächlicher Hinsicht unbeantwortet bleibt. Er darf der Entscheidung der Dienstbehörde jedoch nicht vorgreifen⁵⁾ und eine

1) Crisolli-Schwarz Anm. 14a zu § 53 hessBG; Schütz-Ulland Anm. 7 zu § 47 nwbG

2) BVwG VI C 179/61 vom 9.12.1964, Buchholz Nr. 5, S. 15 zu § 44 BBG

3) BVwG VI C 35/62 vom 28.8.1964, S. 9; Fischbach Anm. III 2 zu § 44 BBG

4) HessVGH ZBR 1959, 79

5) BVwG II C 10/63 vom 22.10.1964, S. 9, ZBR 65, 151 (152)

schon getroffene Entscheidung mit einer rechtlich vertretbaren Begründung und mit Beweismitteln zu unterstützen.

d) Anstellung eigener Ermittlungen

Der Ermittlungsführer ist verpflichtet, sich selbst um die Aufklärung von Einzelheiten des Sachverhaltes zu bemühen.¹⁾ Eine unabhängige Tätigkeit findet nur da ihren Ausdruck, wo aus der Vielfalt eines bisher unaufgeklärten Sachverhaltes der Ermittlungsführer eigenverantwortlich und selbständig diejenigen Urkunden, Aufzeichnungen und Aktenstücke zu seiner Einsichtnahme heranzieht, die er aus eigenem Entschluß für die Aufklärung des Sachverhaltes für erforderlich hält, und diejenigen Zeugen und Sachverständige zu einer Vernehmung^{14d} bzw. mit der Erstattung eines Gutachtens betraut, die nach seiner eigenen Auffassung und nach seinen bisherigen Ermittlungen etwas Sachdienliches aussagen können.

Der Ermittlungsführer hat nicht nur die Aufgabe, das bisher von seiner Dienstbehörde Ermittelte übersichtlich zu ordnen und die von anderen Dienststellen zur Verfügung gestellten Unterlagen in einem Ermittlungsbericht einzuarbeiten, sondern der Ermittlungsführer ist berechtigt und verpflichtet, nach eigener freier Entscheidung und in eigener Verantwortung diejenigen Akten und Unterlagen anzufordern und diejenigen Zeugen und Sachverständigen zu vernehmen, die er selbst, und nicht seine Dienstbehörde, auswählt und bestimmt.

65,111 [1) BVwG VI C 35/62 vom 28.8.1964, S.9 ; BVwG II C 61/64 vom 16.9.1965, S.13
BVwG VI 179/61 vom 9.12.1964, Buchholz Nr.5
S.11 zu § 44 BBG

e) Überprüfung der von anderen Behörden mitgeteilten Tatsachen

Die Tatsachen, die der Ermittlungsführer von anderen Behörden zur Einsichtnahme auf dem Wege der Amtshilfe erhält, hat er auf ihre Richtigkeit zu überprüfen und nicht ungeprüft als richtig zu übernehmen. Die Akten mit Aufzeichnungen, Vermerken und Beurteilungen über den betroffenen Beamten können nur Hinweise und Anregungen geben, in welcher Richtung sich die eigenen Ermittlungen zu bewegen haben, so daß die Ermittlungen auf die Einnahme des Augenscheins, auf Urkunden und Schriftstücke, die zu Beweis Zwecken angefertigt wurden, und auf die Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen beruhen.

f) Würdigung der ärztlichen Gutachten

aa) Überprüfung der Tatsachen

Den ärztlichen Gutachten liegt in vielen Fällen der Zwangspensionierung ein umfangreiches Tatsachenmaterial zugrunde. Dem medizinischen Sachverständigen kann jedoch nicht zugemutet werden, daß er den von ihm zu beurteilenden Sachverhalt auf seine Richtigkeit überprüft. Denn der Sachverständige kann nicht die Aufgabe des Ermittlungsführers, den Sachverhalt zu ermitteln, an dessen Stelle erfüllen.¹⁾

Der Ermittlungsführer ist deshalb verpflichtet, die von dem Sachverständigen in seinem Gutachten geschilderten Verhaltensweisen des Beamten und im übrigen den gesamten im Gutachten erwähnten Sachverhalt zu überprüfen. Der Ermittlungsführer kann nur dann die Aussagen des Sachverständigen verwerten, wenn er selbst den gewerteten Sachverhalt als erwiesen ansieht.²⁾

1) BVwG VRspr. 16, 877 (880), II C 45/62 vom 30.1.1964

2) BVwG VII C 103/62 vom 20.12.1963, Bd. 17, 342 (343);
BVwG wie zu 1)

Ein ärztliches Gutachten ist nur dann als Beweismittel verwertbar, wenn der Sachverständige das Krankheitsbild des Patienten in seiner Entwicklung im einzelnen darlegt, so daß seine Schlußfolgerungen ohne weiteres nachgeprüft und nachvollzogen werden können.¹⁾ Bei umfangreichem Aktenmaterial hat der Sachverständige notfalls die einzelnen Aktenblätter mit Aktenzeichen und Blattnummern zu nennen, um deutlich zu machen, auf welche Tatsachen und Beweismittel er seine medizinischen Feststellungen stützt.²⁾

Der Ermittlungsführer wird daher dafür Sorge tragen, daß der Sachverständige seinem Gutachten einen schon zuvor geklärten und soweit als möglich erwiesenen Sachverhalt zugrunde legt. Der Ermittlungsführer kann dadurch verhindern, daß der Sachverständige bei seinen Aussagen von einem irrtümlich unrichtigen Sachverhalt ausgeht und ein nicht verwertbares Gutachten erstellt.

bb) Überprüfung der Gutachten auf Mängel und Widersprüche

Der Ermittlungsführer hat nicht nur die dem Gutachten zugrunde liegenden Tatsachen auf ihre Richtigkeit zu überprüfen, sondern er ist verpflichtet³⁾ die ärztlich festgestellten Befunde und ärztlichen Aussagen selbständig in ihren Schlußfolgerungen nachzuvollziehen und zu würdigen.⁴⁾ Der Ermittlungsführer verletzt seine Pflicht, den Sachverhalt von Amts wegen aufzuklären, wenn er die Aussagen des Sachverständigen ungeprüft übernimmt und an die Stelle seiner eigenen Auffassung stellt⁵⁾. Soweit sich

1) OLG Hamm FamRZ 1965, 341 ; KG OLGZ 67, 347 (350)

2) BVwG VRspr. 16, 877 (880), II C 45/62 vom 30.1.1964

3) BVwG III C 284/56 vom 3.4.1958, Bd. 6, 306

4) BVwG V C 179/61 vom 9.12.1964, Buchholz Nr. 5, S. 9 zu § 44 BBG

5) BVwG VI C 35/62 vom 28.8.1964, S. 10, DdD 65, 111

der Sachverständige zu der Frage der Dienstunfähigkeit äußert, kann diese Aussage nur als Vorschlag angesehen werden, der die Ermittlungstätigkeit des Ermittlungsführers vorbereitet und unterstützt.¹⁾

Es wird von dem Ermittlungsführer nicht verlangt werden können, daß er die ärztliche Tätigkeit und Feststellungen auf ihre medizinische Richtigkeit überprüft. Gerade darin wird ihm die Sachkunde fehlen. Eben so wird es die Aufgabe des Sachverständigen sein, darüber zu urteilen, wie sich die festgestellten Gebrechen und Krankheiten des Beamten auf seine allgemeine Leistungsfähigkeit auswirken wird.²⁾ Ob der Beamte seine bisherigen Dienstaufgaben erfüllen kann, hat jedoch der Sachverständige nicht zu entscheiden. Hier überschneiden sich die Tätigkeitsbereiche des Sachverständigen und des Ermittlungsführers bzw. der Dienstbehörde, wie auch in einem gerichtlichen Verfahren diese Grenze im Tätigkeitsbereich des Sachverständigen zu ziehen ist.³⁾

cc) Notwendigkeit eines Übergutachtens

Stellt der Ermittlungsführer fest, daß das Gutachten in seinen Schlußfolgerungen unklar oder widersprüchlich ist, so ist er verpflichtet, mit Hilfe weiterer Sachverständigengutachten den Sachverhalt⁴⁾ soweit als möglich vollständig aufzuklären. Der Ermittlungsführer kommt seiner Pflicht, seine Ermittlungen auf eigene Tätigkeit zu stützen, nur nach, wenn er die Aussagen der Sachverständigen überprüft und unklare Gutachten durch eindeutige Gutachten ersetzt, andernfalls er in wesentlichen Punkten Ermittlungen unterlassen hat.⁵⁾

1) BVwG 17, 342(344) vom 20.12.1963, VII C 103/62

2) BVwG 6, 306(307) vom 3.4.1958, III C 284/56

3) wie zu 2)

4) BVwG VI C 179/61 vom 9.12.1964, Buchholz Nr. 5, S. 14 zu § 44 BBG; BVwG VI C 35/62 vom 28.8.1964, S. 9; DÖD 65, 111, vgl. die Kritik von Dunz zu der Auffassung in der Praxis, JZ 1960, 475 u. 477

5) BVwG VI C 35/62 vom 28.8.1964, S. 9; Weiss-Kranz Anm. 8 zu Art. 58 BayBG

Der Ermittlungsführer hat demnach die verschiedenen Gutachten daraufhin zu vergleichen, ob sie mit den übrigen Einzelheiten der Ermittlungen in einem übereinstimmenden Zusammenhang zu bringen sind. Denn die Dienstfähigkeit ist aufgrund des Gesamtbildes der Persönlichkeit des Beamten, seiner dienstlichen Leistungen und seines dienstlichen und außerdienstlichen Verhaltens im Zusammenhang mit den fachärztlichen Gutachten festzustellen¹⁾.

Stellt der Ermittlungsführer nicht nur Widersprüche im Hinblick auf den gesamten Sachverhalt fest, sondern auch grobe Mängel und Widersprüche in den Aussagen der einzelnen Gutachten zueinander, so sieht sich der Ermittlungsführer veranlaßt, ein Obergutachten anzufordern²⁾. Im übrigen steht es im Ermessen des Ermittlungsführers, ob er ein Obergutachten für notwendig hält³⁾. Aufgrund seiner unabhängigen Stellung, die der eines Gerichts gleicht, kann er die Aussage eines Gutachtens hinsichtlich seiner Beweiskraft in eigener, freier Entscheidung⁴⁾ beurteilen und danach entscheiden, ob er die Erstellung eines weiteren Gutachtens für notwendig hält.

5. Ergebnis der Ermittlungen

a) Vorbereitung einer Entscheidung der Dienstbehörde

Der Ermittlungsführer hat nach Abschluß seiner Tätigkeit seine Ermittlungen in einem Bericht

1) BayVGH 52,49(50) vom 20.3.1931

2) BVwG VI C 45/61 vom 28.8.1964, DÖD 1965, 58

3) BVwG VRspr. 16,49, vom 20.2.1963, VI C 225/61

4) wie zu 3)

zusammenzufassen und diesen der Dienstbehörde des Beamten zur Entscheidung über die Dienstunfähigkeit und die Zurruesetzung des Beamten vorzulegen.

Der Bericht ist so abzufassen, daß er der Dienstbehörde eine abgewogene und unvoreingenommene Entscheidung ermöglicht und insbesondere die Einwendungen, Erklärungen und Beweisanträge des betroffenen Beamten berücksichtigt¹⁾. Insoweit gleicht er dem Tatbestand einer gerichtlichen Entscheidung.

Der Bericht hat alle vom betroffenen Beamten unbestrittenen und bestrittenen Tatsachen darzustellen, sowie die Zeugenaussagen und Sachverständigengutachten und alle anderen Beweismittel anzugeben.

In dieser Form dient der Ermittlungsbericht der Dienstbehörde als Grundlage ihrer Entscheidung.

b) Bindung der Dienstbehörde an die Feststellungen des Ermittlungsführers

Ein Ermittlungsbericht in einer objektiven Darstellung des Sachverhaltes ist erforderlich, weil die Dienstbehörde an die tatsächlichen Feststellungen des Ermittlungsführers gebunden ist.²⁾

In der Bindung der Dienstbehörde an die Feststellungen des Berichtes gelangt die Tätigkeit des Ermittlungsführers zu einer Bedeutung, die ihm aufgrund seiner rechtlichen Stellung und seiner Aufgabe, die Entscheidung der Dienstbehörde vorzubereiten, zukommt. Die Dienstbehörde hat keine weiteren Ermittlungen anzustellen, sondern allein den im Ermittlungsbericht festgestellten Sachverhalt rechtlich zu würdigen und über die Zurruesetzung des Beamten³⁾ zu entscheiden.

1) BVwG II C 61/64 vom 16.9.1965, S. 10/11

2) Hildebrandt Anm. 2.5 zu § 47 nwbG; Plog-Wiedow Rdn. 11 zu § 44 BBG; BVwG II C 10/63 vom 22.10.1964, S. 9

3) wie zu 2). Die Bindung des Dienstherrn an die Feststellungen des Berichtes ist damit zu begründen, daß der Dienstherr genauso wie der Beamte gleichberechtigter Beteiligter am Ermittlungsverfahren ist. Die Unabhängigkeit des Ermittlungsführers würde bedeutungslos, wenn der Ermittlungsbericht für den Dienstherrn nicht verbindlich sein würde.

c) Vorschlag des Ermittlungsführers zur Dienstunfähigkeit

Der Ermittlungsführer hat zwar seinen Ermittlungsbericht unparteiisch abzufassen¹⁾ und sich einer rechtlichen Würdigung der ermittelten Tatsachen im allgemeinen zu enthalten. Der Ermittlungsführer ist jedoch berechtigt und verpflichtet, den Bericht mit einem Vorschlag über die Dienstunfähigkeit abzuschließen²⁾.

Das Bundesverwaltungsgericht³⁾ hat in seinen ersten Entscheidungen die Stellungnahme des Ermittlungsführers zu der Dienstunfähigkeit als parteiisches Verhalten des Ermittlungsführers gewertet und ist darin der Auffassung des Bundesdisziplinargerichts in Bezug auf den Untersuchungsführer gefolgt.⁴⁾ In seiner späteren Entscheidung⁵⁾ hat es jedoch die Auffassung vertreten, daß der Ermittlungsführer nicht gegen seine Pflicht zur Unparteilichkeit verstoße und es mit seiner Unabhängigkeit vereinbar sei, wenn der Ermittlungsführer den festgestellten Sachverhalt insoweit würdige als er seinen Ermittlungsbericht mit einem Vorschlag über die Dienstfähigkeit des Beamten abschließe. Das Bundesverwaltungsgericht weist in seiner Begründung darauf hin, daß die zur Unparteilichkeit und Unabhängigkeit verpflichteten Gerichte ein typisches Beispiel dafür seien, daß gerade eine unabhängige Stelle zu einer Beurteilung des Sachverhaltes befähigt sei. Dies ist nunmehr unbestrittene Auffassung in Rechtsprechung und Schrifttum.⁶⁾

1) BVwG II C 102/64 vom 6.7.1967, S. 18, 2 BR 67, 335

2) wie zu 1), S. 15/16

3) BVwG II C 61/64 vom 16.9.1965, S. 12; BVwG VI C 35/62 vom 28.8.1964, S. 10, DOD 65, 111 (113)

4) BDH 2, 90 (93); 3, 82 (86)

5) wie zu 1)

6) Schütz-Ulland Anm. 7 zu § 47 nwbG; Weiss-Kranz Anm. 8 zu Art. 58 BayBG; Plog-Wiedow Rdn. 10 zu § 44 BBG

Die Dienstbehörde ist an das Ergebnis bzw. an den Vorschlag des Ermittlungsführers jedoch nicht gebunden¹⁾. Es ist gerade die Aufgabe der Dienstbehörde, den ermittelten Sachverhalt rechtlich zu würdigen, die Dienstfähigkeit bzw. die Dienstunfähigkeit festzustellen und über die Zurruhesetzung des Beamten zu entscheiden.

C E r g e b n i s des 1. Teils

Entscheidungen im Zwangspensionierungsverfahren

I Anfechtbarkeit der Entscheidungen

Die Mitteilung des Dienstvorgesetzten über die beabsichtigte Versetzung des Beamten in den Ruhestand nach § 44 Abs.1 S.1 BBG ist kein Verwaltungsakt, da sie die Rechtsstellung des Beamten nicht unmittelbar verändert und keine Regelung enthält, sondern den Erlaß eines beabsichtigten Verwaltungsaktes ankündigt²⁾.

Gegen die Mitteilung kann daher keine Anfechtungsklage erhoben werden.

Gegen die Mitteilung kann sich der Beamte oder der Pfleger auch nicht in einer anderen Klageform zur Wehr setzen. Eine Klage gegen die Mitteilung ist als unzulässig abzuweisen. Es fehlt das Rechtsschutzbedürfnis. In § 44 Abs.2 BBG ist als einziges zulässiges Mittel, sich gegen die Mitteilung über die beabsichtigte Zurruhesetzung zur Wehr zu setzen, die Einwendung vorgesehen, die gegenüber der Dienstbehörde oder dem Dienstvorgesetzten zu erheben ist.

¹⁾ Maneck-Schirrmacher Anm. 7 zu § 53 hessBG

²⁾ Maneck-Schirrmacher Anm. 1 zu § 53 hessBG; Schütz-Ulland Anm. 3 zu § 47 nwbG; Plog-Wiedow Rdn. 5 zu § 44 BBG; Hefele-Schmidt Anm. 3 zu Art. 58 BayBG; BDH DÖV 1959, 28

Wenn für den Schutz der Rechte des Beamten im Fall seiner Zwangspensionierung in einem besonderen Verwaltungsverfahren gesorgt ist, so fehlt das Rechtsschutzbedürfnis, die Mitteilung des Dienstvorgesetzten als zwischenverfahrensrechtliche Maßnahme gerichtlich überprüfen zu lassen. Auch würde es dem Sinn und Zweck des Zwangspensionierungsverfahrens widersprechen, wenn schon vor einer umfassenden und erschöpfenden Ermittlung der Sachverhalte einer gerichtlichen Entscheidung zugeführt wird.

Aus den gleichen Gründen ist eine Klage gegen die Entscheidung der Dienstbehörde oder des Ermittlungsführers, die den Fortgang oder die Regelung des Verfahrens betrifft, unzulässig¹⁾; so z.B. gegen die Entscheidung über die Fortführung des Verfahrens nach § 44 Abs. 3 BBG oder die Bestellung eines Ermittlungsführers, § 44 IV 2 BBG. Dasselbe gilt für die Entscheidung der Dienstbehörde über den Antrag des Beamten, in dem er den Ermittlungsführer wegen Befangenheit ablehnt. Der Einwand, daß der Ermittlungsführer befangen ist, kann erst im Widerspruchs- oder Klageverfahren erneut geltend gemacht werden.

Die Entscheidung über die Einbehaltung der das Ruhegehalt übersteigenden Dienstbezüge ist ein mit der Klage anfechtbarer Verwaltungsakt²⁾. Aus den schon oben angestellten Erwägungen können im Klageverfahren gegen die Einbehaltung eines Teils der Dienstbezüge jedoch nur die Gründe berücksichtigt werden, die sich gegen die Höhe des festgesetzten Ruhegehaltes richten. Einwendungen gegen die Annahme der Dienstunfähigkeit können zunächst nur nach § 44 Abs. 2 BBG vorgebracht

1) Hefele-Schmidt Anm. 3 zu Art. 58 BayBG; Weiss-Kranz Anm. 6 zu Art. 58 BayBG; Grabendorff-Arend Anm. 2c zu § 58 rh-pfBG; a.A. ohne Begründung Hartmann-Janssen Anm. 1 zu Art. 58 rh-pfBG

2) Plath ZBR 1960, 372(373); BVwG II C 32/65 vom 17.12.1965, Buchholz Nr. 8, S. 19/20 zu § 44 BBG; a.A. Schütz DÖD 1965, 41(47), der sich auf Plath beruft, der gerade entgegen gesetzter Ansicht ist.

werden¹⁾.

Die Entscheidungen über die Einstellung des Verfahrens nach § 44 Abs.2,3 oder 5 BBG sind nicht rechtsmittelfähig, da keine Beschwerde vorliegt.

Gegen die Entscheidung, die die Versetzung des Beamten in den Ruhestand ausspricht, ist die Anfechtungsklage zulässig.

Die Klage ist begründet, wenn festgestellt wird, daß der Beamte im Zeitpunkt seiner Zuruhesetzung²⁾ dienstfähig war, die Verfahrensvorschriften nach § 44 BBG nicht beachtet worden sind oder die Dienstunfähigkeit im Zeitpunkt der Zuruhesetzung nicht nachgewiesen werden kann.

- 1) Weiss-Kranz Anm.6 zu Art.58 BayBG; Schütz-Ulland Anm.6 zu § 47 nwbG; Hefele-Schmidt Anm.8 zu Art.58 BayBG; Maneck-Schirmacher Anm.8 zu § 53 hessBG Die Ansicht, mit der Einbehaltung der Dienstbezüge ein Mittel "gegen die Taktik der Verfahrensverzögerung durch den Beamten oder seinen Pfleger gefunden zu haben" (Hartmann-Janssen Anm.3 zu Art. 58 BayBG), ist nicht begründet. Der Beamte wird sich vielfach schon deshalb gegen die Zuruhesetzung wenden, weil seine Ruhegehaltsfähige Dienstzeit sich verlängert und somit sein Ruhegehalt dadurch erhöht wird, daß das Verfahren erst nach langer Zeit abgeschlossen werden kann. Der Ruhestand beginnt mit dem Monat, in dem ihm die Verfügung über die Versetzung in den Ruhestand zugestellt wird (Schütz DÖD 1965, 41(47); Grisolli-Schwarz Anm.13 zu § 53 hessBG; Weiss-Kranz Anm.9 zu Art.58 BayBG; anders nur ausdrücklich § 56 Abs.5 ndsBG). Die Durchführung eines Ermittlungsverfahrens dauert längere Zeit (Maneck-Schirmacher Anm.6 zu § 53 hessBG). Wird eine Entscheidung über die Versetzung in den Ruhestand durch ein gerichtliches Urteil aufgehoben, so beginnt der Ruhestand erst mit einer neuen, rechtmäßigen Verfügung über die Versetzung in den Ruhestand. So wurde z.B. durch das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 6.7.1967 II C 101/63 eine Verfügung vom 14.12.1959 aufgehoben; das Klageverfahren hatte allein 7 Jahre gedauert (ZBR 68, 38).
- 2) BVwG II C 27/55 vom 17.1.1957 ZBR 57, 400; vgl. Seite 33. der Arbeit

II Rechtswidrigkeit einer Entscheidung über die Versetzung in den Ruhestand

1. Fehlen der Mitteilung nach § 44 Abs.1 S.1 BBG

Ist dem Beamten vor seiner Zurruesetzung nicht mitgeteilt worden, daß seine Versetzung in den Ruhestand beabsichtigt sei, so ist die Verfügung über die Versetzung in den Ruhestand rechtswidrig, da die Mitteilung gesetzlich vorgeschrieben ist und die Behörde gegen ein gesetzliches Gebot verstoßen hat. Ist das Verfahren ohne eine Mitteilung an den Beamten oder Pfleger eröffnet worden, so kann die Mitteilung im Laufe des Verfahrens nachgeholt werden und die Einmonatsfrist nach § 44 Abs.2 BBG beginnt nun erst zu laufen.

Die Mitteilung kann weder im Klage- noch im Widerspruchsverfahren nachgeholt werden.¹⁾

Ist die Mitteilung an den Beamten gerichtet worden, der zur Wahrnehmung seiner Rechte nicht in der Lage ist, und auch kein Pfleger bestellt worden, so sind die Mitteilungen und alle anderen Erklärungen gegenüber dem Beamten unwirksam.²⁾ Eine Verfügung über die Zurruesetzung ist rechtswidrig.

2. Fehlen einer Begründung der Mitteilung

Ist die Mitteilung über die beabsichtigte Versetzung in den Ruhestand gar nicht oder nur mangelhaft begründet, so ist eine Zurruesetzung rechtswidrig, wenn Einwendungen wegen der fehlenden Begründung unterblieben sind³⁾ und das Ermittlungsverfahren nicht durchgeführt worden ist. Die Begründung kann weder im Klageverfahren noch im Widerspruchsverfahren nachgeholt

1) Schütz-Ulland Anm.3 zu § 47 nWBG; Schütz DÖD 65, 41(45)

2) Weiss-Kranz Anm.4 zu Art.58 BayBG; Hefele-Schmidt Anm.5 zu Art.58 BayBG; Vgl. Seite 116 der Arbeit

3) ESVGH 5, 104(107); BVwG DÖD 1960, 134(135), vom 5.4.1960; Hefele-Schmidt Anm.4 zu Art.58 BayBG

werden¹⁾. Bei anfechtbaren Maßnahmen im allgemeinen
Verwaltungsverfahren kann zwar die Begründung im
Klageverfahren nachgeholt werden, im besonderen Ver-
waltungsverfahren nach § 44 BBG würde jedoch diese
Möglichkeit das Ziel des Zwangspensionierungsverfah-
rens nicht erreichen lassen und dem Wesen dieses Ver-
fahrens widersprechen. Das Wesen des Verfahrens nach
§ 44 BBG liegt in der besonderen Ausgestaltung des
Ämtsermittlungsgrundsatzes, der darauf abzielt, eine
fehlerfreie Entscheidung der Behörde zu erreichen, so
daß nicht erst der Widerspruch des Betroffenen auf
wesentliche Gesichtspunkte aufmerksam macht; vgl. dazu
die Ausführungen auf S. 5 ff.

3. Fehlende Rechtsmittelbelehrung

Mit der Mitteilung über die beabsichtigte Zur-
ruhesetzung ist der Beamte auch unmißverständlich
dahin zu belehren, daß er gegen die beabsichtigte
Versetzung in den Ruhestand Einwendungen erheben
kann. Sollte der Beamte über seine Rechte, Einwendungen
zu erheben, im unklaren gelassen und deswegen ein
Ermittlungsverfahren unterblieben sein, so ist die
Zurruhesetzung fehlerhaft und auf Antrag in einer
Anfechtungsklage aufzuheben²⁾.

4. Fehlendes Ermittlungsverfahren

Werden Einwendungen erhoben und wird dennoch
ein Ermittlungsverfahren nach § 44 Abs. 4 BBG nicht
durchgeführt, so liegt darin ein Verfahrensmangel. Eine
Versetzung in den Ruhestand ist rechtswidrig³⁾.

5. Nachschieben von Gründen

Die Zurruhesetzung kann nur auf Umstände ge-
stützt werden, die Gegenstand des Ermittlungsverfahrens
waren. Wird die Zurruhesetzung auf Gründe gestützt, zu
denen der Beamte hatte sich nicht äußern können, so ist
die Verfügung über die Versetzung in den Ruhestand
rechtswidrig.⁴⁾ Die Gründe können im Klage- und auch

1) BVwG DÖD 1960, 134 (135) vom 5.4.1960

2) BVwG II C 101/63 vom 6.7.1967, S. 12; Crisolli-Schwarz
Anm. 4 zu § 53 hessBG; Schütz-Ulland Anm. 3 zu § 47
nwbG

3) BVwG vom 6.7.1967 II C 101/63, S. 12; 2BR 68, 78 (80)

4) 2BR 67, 149 (149) BVwG VI C 56/63 vom 17.10.1966, S. 9; Crisolli-Schwarz
Anm. 14a zu § 53 hessBG; Schütz-Ulland Anm. 7 zu § 47
nwbG

im Widerspruchsverfahren nicht nachgeholt werden¹⁾. Die Dienstbehörde kann ihre Entscheidungen erst dann auf diese Gründe stützen, wenn der Ermittlungsführer das Verfahren erneut eröffnet hat und die Anhörung des Beamten nachgeholt werden ist.²⁾

6) Beweiserhebungen ohne Ladung des Beamten

Wird der Beamte oder sein Pflger zu Beweiserhebungen nicht geladen, so liegt darin ein Mangel des Ermittlungsverfahrens³⁾. Gleichgültig ist, ob der Ermittlungsführer den Zeugenaussagen Bedeutung zugemessen hat⁴⁾. Jedoch begründet nicht jeder Mangel die Rechtswidrigkeit der Verfügung über die Zurruhesetzung des Beamten. Der Verfahrensmangel führt nur dann zur Rechtswidrigkeit der Verfügung, wenn die Beachtung der Verfahrensvorschrift dazugeführt hätte, daß der Sachverhalt hätte dadurch besser aufgeklärt werden und der Beamte seine Rechte hätte wahrnehmen können.⁵⁾

7) Unterbliebene Ermittlungen

Unterläßt der Ermittlungsführer die Aufklärung des Sachverhalts in wesentlichen Punkten, so ist die Zurruhesetzung fehlerhaft⁶⁾. So auch, wenn er eigene Ermittlungen nicht durchführt, sondern sich auf die Angaben eines amtsärztlichen Gutachtens verläßt und ungeprüft die Aussagen des Gutachters übernimmt.⁷⁾

1) BVwG VI C 56/63 vom 17.10.1966, S. 17, ZBR 67, 148; wie 2)

2) BVwG II C 10/63 vom 22.10.1964, S. 9, ZBR 65, 151 (152)

3) Weiss-Kranz Anm. 8 zu Art. 58 BayBG

4) BVwG VI C 35/62 vom 28.8.1964, S. 8, DÖD 65, 111 (112)

5) BVwG wie zu 4) S. 10/11

6) Weiss-Kranz Anm. 8 zu Art. 58 BayBG; Schütz-Ulland Anm. 9 zu § 47 nWBG

7) BVwG VI C 179/61 vom 9.12.1964, Buchholz Nr. 5, S. 13 zu § 44 BBG; BVwG VI C 35/62 vom 28.8.1964, S. 10;

BVwG II C 61/64 vom 16.9.1965, S. 11 DÖD 65, 111 (112/3)

8. Verstoß gegen das Handlungsverbot bei Befangenheit

Das Ermittlungsverfahren ist nicht ordnungsgemäß durchgeführt, wenn der Ermittlungsführer seine Tätigkeit nicht unparteiisch und unabhängig ausübt¹⁾. Da die Feststellungen im Ermittlungsbericht für die Dienstbehörde bindend sind, ist die Entscheidung über die Zurruesetzung des Beamten fehlerhaft, die auf einen Ermittlungsbericht eines parteiischen Ermittlungsführers beruht. Der Verstoß gegen das Handlungsverbot bei Befangenheit führt dazu, daß die Entscheidung eines parteiischen und befangenen Amtswalters rechtswidrig ist.²⁾

9. Keine nachträgliche Heilung von Verfahrensmängeln im anschließenden Widerspruchs- oder Klageverfahren

Nicht jeder Mangel im Zwangspensionierungsverfahren führt dazu, daß die Verfügung über die Versetzung in den Ruhestand fehlerhaft ist. Der Verfahrensfehler ist jedoch nur dann unbeachtlich, wenn mit völliger Sicherheit³⁾ ausgeschlossen werden kann, daß die Entscheidung über die Zurruesetzung nicht anders ausgefallen wäre. Die Zurruesetzung ist nicht erst mit dem Nachweis, daß die Versetzung in den Ruhestand auf den gerügten Verfahrensfehlern beruht, wegen ihrer Fehlerhaftigkeit aufzuheben. Die Feststellung, daß ein Verfahrensfehler vorliegt, hat zunächst die Vermutung für sich, daß die Zurruesetzung fehlerhaft ist. Erst der Nachweis, daß die Entscheidung bei Vermeidung des betreffenden Verfahrensfehlers nicht anders ausgefallen wäre, läßt den Verfahrensfehler ohne Einfluß.

2BR 67,335] 1) BVwG IIC 102/64 vom 6.7.1967, S.18; BVwG VI C 35/62 vom 28.8.1964, S.10, DÖD 65,111(113)

2) Wolff Bd.III § 156 III e4

3) BVwG VI C 35/62 vom 28.8.1964, S.10,11; vgl.S.69 Nr.6 der Arbeit; DÖD 65,111(113)

Darin kommt deutlich eine starke Betonung der Verfahrensvorschriften zum Ausdruck. Der Gesetzgeber und ihm folgend die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts vertrauen darauf, daß unter der Beachtung der Verfahrensvorschriften in § 44 BBG fehlerhafte Entscheidungen von vornherein vermieden werden und im Zwangspensionierungsverfahren nur diejenigen Beamten in den Ruhestand versetzt werden, die tatsächlich dienstunfähig sind.

Das Verfahren garantiert eine sorgfältige Aufklärung des Sachverhaltes, es wird eine Entscheidung vorbereitet, es schützt den Beamten vor einer übereilten behördlichen Maßnahme und gibt ihm die Möglichkeit, seine Einwendungen und Anträge in einem besonderen Verfahren vorzubringen. Darin äußert sich die Schutzfunktion zugunsten des Beamten.¹⁾

Diese besondere Garantie zum Schutze des Beamten würde verloren gehen, eine Durchführung des Verfahrens würde sich erübrigen und das Verfahren selbst zur bloßen Formsache²⁾ werden, wenn die einzelnen Verfahrensvorschriften noch nachträglich im Widerspruchs- oder gar im Klageverfahren erfüllt und Verfahrensmängel nach Abschluß des Verfahrens geheilt werden könnten. Deshalb sind Verfahrensfehler, die möglicherweise auf die Entscheidung Einfluß hatten, im Widerspruchs- oder Klageverfahren nicht zu heilen.³⁾

Es steckt kein übertriebener Formalismus darin, daß eine Verfügung über die Versetzung in den Ruhestand durch Urteil aufgehoben und eine nochmalige, nunmehr ordnungsgemäße Durchführung des Verfahrens gefordert wird.⁴⁾ Es kommt vielmehr darin das Bewußtsein zum Ausdruck, daß ein auf die zu treffende Maßnahme abgestimmtes, einheitliches Verwaltungsverfahren dazu

1) Vgl. Seite 8 der Arbeit

2) BVwG VIC 179/61 vom 9.12.64, Buchholz Nr. 5, S. 15, § 44 BBG

3) Crisolli-Schwarz Anm. 14a zu § 53 hessBG; Weiss-Kranz Anm. 8 zu Art. 58 BayBG; Schütz-Ulland Anm. 9 zu § 47 nWBG; Grabendorff-Arend Anm. 2c cc zu § 58 rh-pfBG

4) BVwG VI C 35/62 vom 28.8.1964, S. 12, DÖD 65, 111 (113)

beiträgt, die Rechtmäßigkeit schwerwiegender Eingriffe der öffentlichen Gewalt in die Rechte des Einzelnen zu garantieren.¹⁾

1) Gemäß § 35 SchBeschG ist vor der Verfügung über die Versetzung des Beamten in den Ruhestand der Vertrauensmann und die Hauptfürsorgestelle für Schwerbeschädigte zu hören. Die Versäumung der Anhörung macht die Zurruhesetzung fehlerhaft. Dieser Verfahrensmangel ist weder im Klage- noch im Widerspruchsverfahren heilbar (BVwGE 17, 279 (281/2) vom 13.12.1953; BVwGE 9, 69 (71/2) vom 8.7.1959; Schütz-Ulland Anm. 5a zu § 47 nwbG). Die Zustimmung der Hauptfürsorgestelle ist jedoch nicht erforderlich, auch nicht Gegenstand einer Klage (Sellmann DVBl. 1955, 113 (116, Nr. 3)).

Gemäß § 61 Abs. 1 PersVertrG ist auf Verlangen des Beamten vor Versetzung des Beamten in den Ruhestand die Personalvertretung zu beteiligen. Die fehlende Mitwirkung macht die Verfügung über die Versetzung in den Ruhestand jedoch nicht fehlerhaft (BR 65, 346 (347) (BVwG VI C 176/61 vom 24.6.1965, S. 18/19; mit weiteren Hinweisen; Schütz-Ulland Anm. 5a, 6 zu § 47 nwbG; Bernard-Hoffmann Anm. 3 zu § 49 bawüBG; Gerhardt Anm. 5 zu § 49 bawüBG; Müller-Beck Anm. 5 zu § 49 bawüBG).

2. T E I L

Die Pflegschaft im Zwangspensionierungs- verfahren

A. Das Wesen der Pflegschaft

I Öffentlich-rechtliche Pflegschaft

Die Pflegschaft, die gemäß § 44 Abs.1 S.2 BBG in einem Zwangspensionierungsverfahren angeordnet werden kann, wird als Pflegschaft des öffentlichen Rechts angesehen¹⁾. Es handelt sich um eine Pflegschaft mit öffentlich-rechtlichem Charakter²⁾ oder öffentlich-rechtlicher Natur³⁾.

Die Pflegschaft wird zwar vom Amtsgericht angeordnet, das Amtsgericht wird jedoch aufgrund von Normen des öffentlichen Rechts tätig, so daß die Pflegschaft im öffentlichen Recht wurzelt⁴⁾. Darüberhinaus wird der Pfleger zur Mitwirkung in einem öffentlich-rechtlichen Verfahren berufen. Die öffentlich-rechtliche Natur des Zwangspensionierungsverfahrens hat entscheidenden Einfluß auf die Stellung des Pflegers und prägt somit das Wesen der Pflegschaft⁵⁾. Nach Bestellung eines Pflegers wird zwar die Zurrücksetzung des Beamten erstrebt. Das Verfahren selbst wird jedoch gegen seinen Pfleger als seinen gesetzlichen Vertreter⁶⁾ mit Wirkung für und gegen ihn durchgeführt. Der Beamte ist nicht Beteiligter, sondern der Pfleger nimmt für ihn als Beteiligter die Verfahrensrechte wahr.

BR 68,43(44) BVwG VI C 76/64 vom 16.8.1967, S.7; KG 1 W 2298/66 vom 24.10.1966, S.4; BayObLG 57, 349 (351); KG J 30A28 (32); Jansen Anm.6 zu § 38 FGG; Staudinger-Engler Anm.47 zu § 1910; Hitzelberger NJW 58, 86(87); Schack BeamtenJahrbuch 1938, 222 (225); RGRK-Scheffler Anm.5 zu § 1910 BGB

2) BayObLG 64, 396(397/8); SchOLG SchHA 1955, 36(37)

3) OLG Hamm JVB1. 1959, 151; LG Köln RiA 1966, 120

4) Weiss-Kranz Anm.4 zu Art.58 BayBG; Brand Anm.4, § 75 DBG

5) BVwG VI C 76/64 vom 16.8.1967, S.7, 2BR 68,43(44)

6) Nach der Neufassung des Gesetzes wird der Begriff "gesetzlicher Vertreter" ausdrücklich genannt

Dadurch, daß der Beamte kein Beteiligter an dem seine Zurruesetzung behandelnden Verfahren ist, wird ihm nicht das Recht auf rechtliches Gehör versagt, das ihm nach § 44 Abs. 4 S. 4 BBG und Art. 103 I GG zu gewähren ist. Auch geschäftsunfähigen Personen steht der Anspruch auf rechtliches Gehör zu¹⁾. Gemäß § 44 Abs. 1 S. 2 BBG nimmt dieses Recht sein gesetzlicher Vertreter für ihn wahr, weil der Beamte aufgrund seines gesundheitlichen Zustandes zur Wahrnehmung seiner Rechte nicht in der Lage ist und seine Verfahrenshandlungen unwirksam sind.²⁾

Der Geschäftsunfähige kann keine rechtlich wirksamen Erklärungen abgeben, so daß er in einem Verfahren nicht wie ein handelndes Subjekt am Verfahrensverlauf teilnimmt und das Verfahren durch Wahrnehmung seiner Verfahrensrechte beeinflussen kann. Insoweit ist ein Geschäftsunfähiger Objekt eines Verfahrens, wenn in diesem Verfahren seine rechtlichen Belange geregelt werden.

Zwar verlangen das Rechtsstaatsprinzip und der in Art. 1 I GG verankerte Schutz der Menschenwürde, daß jeder in einem Verwaltungsverfahren vor Erlass einer ihn treffenden Verwaltungsmaßnahme gehört wird³⁾

Das Rechtsstaatsprinzip und die Menschenwürde werden jedoch dann geachtet, wenn das Recht des Geschäftsunfähigen auf rechtliches Gehör durch seinen gesetzlichen Vertreter wahrgenommen wird. Dadurch wird der Schutz desjenigen, der zur Wahrnehmung seiner Rechte nicht in der Lage ist, gewährleistet.

In allen Verfahrensordnungen, sowie im Bürgerlichen Gesetzbuch wird der Schutz des Geschäftsunfähigen dadurch garantiert, daß rechtsgeschäftliche Erklärungen ihm gegenüber nicht wirksam abgegeben werden können. Er kann somit nicht rechtlich wirksam verpflichtet werden und andere rechtliche Wirkungen können ihm gegenüber nicht in Gang gesetzt werden, so z. B. wird der Geschäftsunfähige durch eine Meinung

1) Maunz-Dürig-Herzog Rdn. 36 zu Art. 1 Abs. 1 GG; vgl. Seite 154 der Arbeit

2) Maunz-Dürig-Herzog Rdn. 91b zu Art. 103 GG; vgl. Seite 152 der Arbeit

3) Maunz-Dürig-Herzog Anm. 92 zu Art. 103 GG

nicht in Verzug gesetzt, § 284 BGB, § 131 BGB.

Auch in gerichtlichen Verfahren wird der Schutz des Geschäftsunfähigen z.B. durch den allgemeinen Rechtsgrundsatz der geltenden Rechtsordnung beachtet, daß nämlich durch den Eintritt der Prozeßunfähigkeit eines Beteiligten das laufende Verfahren solange unterbrochen wird, bis ein Vertreter bestellt oder die Prozeßfähigkeit wieder eingetreten ist, andernfalls der betroffene Verfahrensbeteiligte für die Dauer seiner Prozeßunfähigkeit in der Wahrnehmung seiner Rechte gehindert wäre,¹⁾ § 241 ZPO.

Die Vorschriften der einzelnen Verfahren und z.B. des Bürgerlichen Gesetzbuches sind in dem Sinne gestaltet, daß von einem Geschäftsunfähigen im allgemeinen keine Rechte erworben werden können. Dem entsprechend wurde auch keine andere gesetzliche Regelung getroffen als die, daß die rechtlichen Belange eines Geschäftsunfähigen durch seinen gesetzlichen Vertreter wahrgenommen werden und die Rechte Dritter, die die rechtliche Position des Geschäftsunfähigen berühren, vom Dritten gegenüber dem gesetzlichen Vertreter des Geschäftsunfähigen wahrzunehmen sind.⁴⁾

Diese gesetzliche Gestaltung der rechtlichen Belange und des rechtlichen Schutzes desjenigen, der seine Rechte nicht wirksam wahrnehmen kann, führt jedoch nicht in allen Fragen zu vertretbaren Lösungen

Nicht für jeden Geschäftsunfähigen kann ein gesetzlicher Vertreter bestellt werden. Insbesondere entfällt bei partieller Geschäftsunfähigkeit die Möglichkeit der Entmündigung.²⁾ Ein Pfleger kann gemäß § 1910 BGB nicht bestellt werden, wenn die Pflegschaft ausschließlich im Interesse Dritter angeordnet wird.³⁾

Zwar wurde der Fall, in dem ein Verfahrensbeteiligter während des Verfahrens prozeßunfähig wird, in

1) Bay VGH 1959, 78 (79)

2) Vgl. Seite 1578 der Arbeit, Fußn. 2

3) Vgl. Seite 121/2 der Arbeit, Fußn. 3

4) Ausnahmen von diesem Grundsatz vgl. Fußnote 1 S. 77

§ 241 ZPO dahin geregelt, daß der Prozeß solange ausgesetzt wird, bis die Prozeßfähigkeit wieder eintreten oder ein gesetzlicher Vertreter bestellt ist. In Anbetracht des allgemeinen Grundsatzes, daß ein Geschäftsunfähiger rechtsgeschäftliche Handlungen nicht wirksam vornehmen bzw. entgegennehmen kann, hat der Gesetzgeber es jedoch bisher unterlassen, den Fall gesetzlich allgemein zu regeln, in dem einem Dritten gerade wegen des Eintritts der Geschäftsunfähigkeit ein Recht gegenüber dem Geschäftsunfähigen gesetzlich eingeräumt wurde.

So ist in den Vorschriften §§ 44,45 EheG dem Ehegatten das Recht eingeräumt worden, die Scheidung zu begehren, wenn der andere geisteskrank ist und die Krankheit einen solchen Grad erreicht hat, daß die geistige Gemeinschaft zwischen den Ehegatten aufgehoben ist. Die Scheidungsklage, die wegen Geisteskrankheit begründet sein mag, kann jedoch nicht zugestellt werden, wenn der geschäftsunfähige andere Ehegatte nicht durch einen gesetzlichen Vertreter vertreten wird¹⁾. In diesem Fall würde die Durchsetzung des Rechts auf Scheidung, das gerade auf den Eintritt der Geisteskrankheit bzw. der Geschäftsunfähigkeit beruht, daran scheitern, daß der

1) Wann in diesen Fällen eine Pflegschaft nach §1910 BGB zulässig ist, vgl. Seite 121/3 der Arbeit, FuBn. 3. Zwar kann hier die Möglichkeit bestehen, daß der die Scheidung begehrende Ehegatte im Entmündigungsverfahren einen Vormund als gesetzlichen Vertreter des Beamten bestellen läßt. Eine wirksame Zustellung der Scheidungsklage wird jedoch in den Fällen scheitern, in denen die Geisteskrankheit des Ehegatten nicht dessen gesamten Lebensbereich erfaßt, nur eine partielle Geschäftsunfähigkeit festgestellt wird und deshalb ein Entmündigungsantrag nicht begründet ist. Es ist anerkannt, daß die Geschäftsfähigkeit auf bestimmte Lebensbereiche beschränkt sein kann, im übrigen die gleiche Person in anderen Lebensbereichen geschäftsunfähig ist (BayObLG FamRZ 1965 342(343); BGHZ 18, 184; BVerfG FamRZ 1968, 547(548); RGRK-Krüger-Nieland Anm. 13 zu § 104 BGB mit weiteren Hinweisen).

beklagte Ehegatte geschäftsunfähig ist und diesem eine Klage nicht wirksam zugestellt und ein gerichtliches Verfahren nicht eröffnet werden könnte.

Wie z.B. in §§ 44,45 EheG ein Recht gegenüber einem Geschäftsunfähigen eingeräumt wird, das gerade auf dessen Geschäftsunfähigkeit bzw. dessen Geisteskrankheit beruht, so ist auch in § 42 BBG der Dienstbehörde ein Recht gegenüber einem Beamten in dem Fall eingeräumt worden, in dem der Beamte geisteskrank bzw. geschäftsunfähig wird und somit ein Fall der Dienstunfähigkeit gemäß § 42 BBG vorliegt.

Ein geschäftsunfähiger Beamter könnte gemäß § 44 BBG nicht in den Ruhestand versetzt werden, wenn für ihn bisher ein gesetzlicher Vertreter nicht bestellt worden ist. Die Zustellung der Mitteilung über die beabsichtigte Versetzung in den Ruhestand wäre unwirksam¹⁾. Ein Zwangspensionierungsverfahren gemäß § 44 BBG ist jedoch auch dann durchzuführen, wenn der geschäftsunfähige Beamte in diesem Verfahren nicht selbst als Beteiligter wirksame Verfahrenshandlungen vornehmen kann²⁾. In einem solchen Fall wird ein Pfleger bestellt, der als gesetzlicher Vertreter des geschäftsunfähigen Beamten dessen Rechte in dem Verfahren wahrnimmt.

1) Weiss-Kranz Anm. 4 zu Art. 58 BayBG; vgl. S. 67

Der Entwurf zu einem VwVerfG 1963 bestimmt, daß zur Vornahme von Verfahrenshandlungen nur derjenige fähig ist, der nach dem BGB geschäftsfähig ist. Nach § 7 Abs. 1 VwZG ist bei Geschäftsunfähigen die Zustellung an den gesetzlichen Vertreter zu richten, andernfalls die Zustellung unwirksam ist (Mattern-Meßner § 7 VwZG Tz 1349; Tipke-Kruse Anm. 1 § 7 VwZG; Becker-Riewald-Koch Anm. 5 § 7 VwZG; Kohlrust-Bimert § 7 VwZG). § 7 VwZG ist § 171 ZPO nachgebildet. Die Zustellung eines Urteils an eine geschäftsunfähige Partei ist unwirksam (RG E 121, 64).

Ausnahmen von diesem Grundsatz sind zulässig, wenn das tatsächliche Verhalten und nicht das rechtsgeschäftliche Handeln eines Bürgers Gegenstand von staatlichen Maßnahmen in einem Verwaltungsverfahren ist. So ist z.B. das polizeiwidrige Handeln unabhängig von der Geschäftsfähigkeit, von der strafrechtlichen oder zivilrechtlichen Verantwortlichkeit Gegenstand polizeilicher Maßnahmen (Wacke § 13 Nr. 5). Handlungen eines Geschäftsunfähigen lösen dann ihn verpflichtende Rechtsfolgen aus, wenn die Rechtsfolgen keine rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen voraussetzen, wie z.B. bei polizeiwidrigem Handeln oder die Tierhaltung nach § 833 S. 1 BGB oder die Gastaufnahme i. S. des § 701 BGB.

2) KG vom 18.2.1965 1 W 2065, S. 6
Schack Beamtenjahrbuch 1938, 222 (227)

Der Gesetzgeber hat diesen Fall schon in § 89

Mit der Kodifizierung des Bürgerlichen Gesetzbuches und seiner Vorschrift § 1910 BGB trat die Streitfrage auf, ob die Voraussetzungen einer Pflegschaft im Zwangspensionierungsverfahren in § 1910 BGB oder in den beamtenrechtlichen Vorschriften genannt werde.¹⁾ Es bildete sich in Rechtsprechung und Literatur zu § 75 die überwiegende Meinung²⁾ heraus, daß § 75 DBG die materielle Vorschrift sei, nach der eine Pflegschaft im Zwangspensionierungsverfahren angeordnet werde. Die Bestellung eines Pflegers stehe im Ermessen der Dienstbehörde und diese müsse sich unter allen Umständen gegen den Willen des Beamten durchsetzen können^{2a)}. Eine Pflegschaft nach § 1910 BGB schränke das Ermessen der Behörde ein und werde die Versetzung des Beamten in den Ruhestand nur verzögern und erschweren³⁾. Unter der damaligen Rechtsordnung, der ein Rechtsmittel gegen die Bestellung eines Pflegers⁴⁾ und gegen die Versetzung in den Ruhestand⁵⁾ fremd war, ist diese schon in der Ent-

bzw. § 58 pr.G. vom 21.7.1852 (GS 465) bzw. vom 7.5.1851 dahin geregelt, daß der Dienstbehörde das Recht eingeräumt wurde, für den geschäftsunfähigen Beamten im Zwangspensionierungsverfahren einen gesetzlichen Vertreter zu bestellen. Zwar wurden nicht die Voraussetzungen für die Bestellung eines gesetzlichen Vertreters ausdrücklich in § 89 pr.G. in diesem Sinne ausgesprochen. Auch

1) Brand Anm. 4e zu § 75 DBG(1937) mit weiteren(Anm.3 zu § 62 RBG, 3. Auflage 1929) Hinweisen

2) Brand Anm. 4e zu § 75 DBG

2a) Schack Beamtenjahrbuch 1938, 222(223)

3) KG JW 1938, 129; KG J 30, 428 (32/3); Schack Beamtenjahrbuch 1938, 222(223)

Im bayrischen Beamtengesetz vom 16.8.1908 wurde in Art. 51 Abs.2 BayBG die Bestellung eines gesetzlichen Vertreters im Zwangspensionierungsverfahren nur dann für zulässig gehalten, wenn mit dem Beamten eine Verständigung nicht möglich war. In Rechtsprechung und Lehre zu § 62 RBG wurde das Merkmal "einem nötigenfalls hierzu besonders zu bestellenden Kurator ... wird eröffnet ..." dahin ausgelegt, daß die Bestellung eines Kurators notwendig sei, wenn der Beamte seine Rechte nicht wirksam wahrnehmen könne. (Brand § 135 Anm.1 Beamtensrecht (1914); KG J 7,80).

4) Nadler-Wittland Anm. 6 zu § 75 DBG (1938)

5) Fischbach Anm. I zu § 44 BBG (1964)

scheidung des Kammergerichts vom 9.3.1905 vertretene Auffassung nur als konsequente Gestaltung des Zwangspensionierungsverfahrens anzusehen. So wurde auch der Entscheidung des BayObLG' s¹⁾ aus dem Jahre 1929 in Rechtsprechung und Lehre²⁾ widersprochen. Die Anwendung des § 1910 BGB wurde abgelehnt. Es setzte sich die Meinung durch, daß die Pflegschaft nur im öffentlichen Interesse den Zweck verfolge, die Auseinandersetzung des Dienstherrn mit seinem dienstunfähigen Beamten unter allen Umständen zu ermöglichen³⁾. Eine gerichtliche Nachprüfung der Einzelheiten der Pflegerbestellung widerspreche der uneingeschränkten Machtbefugnis der Dienstbehörde, mit der über die Versetzung eines Beamten in den Ruhestand entschieden werde⁴⁾. Es handele sich um eine Pflegschaft die nicht in erster Linie das Wohl des Pflegebefohlenen verfolge, sondern vornehmlich vorgesehen sei, um die Durchführung eines zum öffentlichen Nutzen dienenden Verfahrens zu erleichtern⁵⁾.

1) BayObLG JFG 7,95 ff

2) Dr. Apel JW 1930,72 ff; KG 1938,129

3) Brand Anm. 4e zu §75 DBG 1937 mit weiteren Hinw.

4) OLG Colmar OLG 33,382(383)

5) OLG Colmar a.a.O.

Die Auffassung des BayObLG' s (BayObLG JFG 7,95 (98)), daß für die Schaffung einer besonderen Pflegschaft gerade für das Zwangspensionierungsverfahren kein rechtliches Bedürfnis vorhanden sei, da ein Kurator nach § 1910 BGB zur Vertretung des Beamten in Einzelangelegenheiten jederzeit bestellt werden könne, blieb 1929 vereinzelt und wurde vom BayObLG (BayObLG 1957, 349 (352)) in der Entscheidung vom 26.11.1957 aufgegeben.

II Die Pflegschaft nach § 44 BBG zum Schutz des Beamten im Zwangspensionierungsverfahren

Mit den Grundsätzen der nunmehr geltenden Rechtsordnung ist es unvereinbar¹⁾, den Sinn und Zweck der Pflegschaft im Zwangspensionierungsverfahren darin zu sehen, daß die Versetzung des dienstunfähigen Beamten gegen dessen Willen unter erleichterten Umständen durchgesetzt werden kann.

Zwar vertritt das Kammergericht in seiner Entscheidung vom 18.2.1965²⁾ die Ansicht, daß die Pflegschaft im Zwangspensionierungsverfahren nicht im Interesse des Pflegebefohlenen, sondern im Interesse der Verwaltung und der Allgemeinheit angeordnet werde.

Diese Auffassung wird jedoch vom Bundesverwaltungsgericht und im Schrifttum abgelehnt³⁾.

Die Pflegschaft im Zwangspensionierungsverfahren bezweckt vorwiegend den Schutz des Beamten in diesem Verfahren⁴⁾. Sie soll sicherstellen, daß seine Interessen des Dienstherrn entgegengesetzten und widerstreitenden Belange ordnungsgemäß wahrgenommen werden, wenn er selbst dazu nicht in der Lage ist. Deshalb ist der Pfleger nicht als Beauftragter besonderer Art des Dienstherrn anzusehen. Der Pfleger nimmt vielmehr die Interessen des Beamten gegenüber dem Dienstherrn wahr⁵⁾, so daß auch dem Beamten, der seine Rechte in diesem Verfahren nicht wahrnehmen kann, die Schutzgarantien des Zwangspensionierungsverfahrens zugute kommen, die nicht, wie das OVG Koblenz meint, in der beschleunigten Zur-

1) Vgl. Seite 129 f der Arbeit, Seite 153 ff

2) KG 1 W 2065/64 vom 18.2.1965, S.5

2-8R 68, 43(44)

3) BVwG VI C 76/64 vom 16.8.1967, S.10; Crisolli-Schwarz Anm. 5a zu § 53 HessBG; Fischbach S. 492, DBG 1940

4) wie zu 3) BVwG a.a.O., S. 11

5) wie zu 3); Brand Anm. 4e zu § 75 DBG (1937); Nadler-Wittland Anm. 3 zu § 75 DBG (1937) ... "der Pfleger soll eine dem Dienstherrn gegenüber unabhängige Stellung haben ..."; Schack Beamten-jahrbuch 1938, 222 (227)

ruhesetzung des Beamten liegen¹⁾, sondern in der umfassenden Aufklärung des Sachverhaltes und der Vorbereitung einer fehlerfreien Entscheidung.²⁾

Dem öffentlichen Interesse an einer sparsamen und einsatzfähigen Verwaltung wird allein dadurch ausreichend Rechnung getragen, daß ein dienstunfähiger Beamter auch ohne und gegen seinen Willen in den Ruhestand versetzt werden kann. Diese Interessen der Allgemeinheit können insoweit keinen Vorrang haben, als die durch das Grundgesetz gewährten Rechte des Beamten auf Schutz der Persönlichkeit und auf rechtliches Gehör geschmälert werden, um dadurch das Verfahren der Dienstbehörde zu erleichtern.

Die Rechtsordnung des Grundgesetzes kennt keinen staatlichen Eingriff, gegen den der Rechtsweg nicht offen steht, Art 19 Abs. 4 GG. Insoweit entfallen alle die Gründe, die in Rechtsprechung und Literatur zum Deutschen Beamtengesetz daraus gefolgert wurden, daß die Dienstbehörde in ihrer Entscheidungsfreiheit nicht durch Befugnisse der Gerichte eingeschränkt werden und evtl. dadurch das Zwangspensionierungsverfahren in der Durchführung nicht erschwert und verzögert werden dürfe.

Die Entscheidung der Dienstbehörde über die Versetzung des Beamten in den Ruhestand wie auch die PflEGschaftsordnung können in drei Instanzen einer gerichtlichen Überprüfung zugeführt werden.

Die Befugnis des Dienstvorgesetzten, nach § 44 Abs. 1 S. 2 BBG die Bestellung eines Pflegers als gesetzlicher Vertreter des Beamten beim Amtsgericht zu beantragen, ist demnach dahin zu verstehen, daß der Dienstherr schon aus Gründen seiner Fürsorgepflicht für die rechtlich wirksame Wahrnehmung der Rechte des Beamten sorgen muß, wenn der Beamte als Beteilig-

1) OVG Koblenz AS 1, 94 (95)

2) Vgl. Seite 5 der Arbeit

ter am Verfahren nicht teilnehmen und keine rechtlich wirksamen Verfahrenshandlungen vornehmen kann.

Das mit vielfachen Schutzgarantien ausgestattete Zwangspensionierungsverfahren soll auch zum Schutze desjenigen Beamten durchgeführt werden, der z.B. als Geschäftsunfähiger keine wirksamen Erklärungen bzw. Einwendungen gegen seine Zurruhesetzung erheben kann.

In Rechtsprechung und Schrifttum zu § 44 BBG wird jedenfalls nicht vertreten, daß die PflEGschafts-anordnung im Zwangspensionierungsverfahren die rechtlichen Belange des Beamten beeinträchtigt und die Schutzfunktionen zugunsten des Beamten, die das Zwangspensionierungsverfahren dem Beamten gewährt, ausschließt.

Demnach ist das Wesen der PflEGschaft nach den beamtenrechtlichen Vorschriften in der Durchsetzung der öffentlich-rechtlichen Ansprüche gegen den dienstunfähigen Beamten auf dem Gebiete des beamtenrechts unter gleichzeitiger Wahrung der rechtlichen Interessen des Beamten zu sehen, so daß die PflEGschaft daher als Teil des Zwangspensionierungsverfahrens unter Beachtung der Grundsätze des Verfahrens und im Zusammenhang mit seiner Zielsetzung zu bestimmen ist.

B Voraussetzungen einer PflEGschafts-anordnung im Zwangspensionierungsverfahren

I Die sachliche und örtliche Zuständigkeit des Amtsgerichts

Die Vorschrift § 44 Abs.1 S.2 BBG bestimmt, daß der PflEGger in einem Zwangspensionierungsverfahren vom Amtsgericht bestellt wird. Danach ist die sachliche Zuständigkeit des Amtsgerichts im Bundesbeamten-gesetz geregelt. Die PflEGgerbestellung wird in

einem ordnungsgemäßen gerichtlichen Verfahren durchgeführt. Die Verfahrensvorschriften für die Anordnung einer Pflegerschaft werden genannt in § 44 Abs. 1 S. 2 2. HS BBG, und zwar werden die Verfahrensvorschriften der Freiwilligen Gerichtsbarkeit für entsprechend anwendbar erklärt.

Jedoch sind nicht die gesamten Verfahrensvorschriften der Freiwilligen Gerichtsbarkeit entsprechend anwendbar, sondern nur diejenigen Vorschriften, die auch das Verfahren regeln, nach denen ein Gebrechlichkeitspfleger (§ 1910 BGB) bestellt wird. § 38 FGG erklärt die Vorschriften § 36 Abs. 1, 2 und § 37 Abs. 2 FGG, die die örtliche Zuständigkeit des Amtsgerichts regeln, für entsprechend anwendbar.

Gemäß § 36 FGG ist demnach für die Anordnung einer Pflegerschaft im Zwangspensionierungsverfahren dasjenige Amtsgericht örtlich zuständig, in dessen Bezirk der betroffene Beamte seinen Wohnsitz hat¹⁾.

Da in § 44 Abs. 1 S. 2 2. HS BBG nur die Vorschriften der Freiwilligen Gerichtsbarkeit als entsprechend anwendbar genannt werden, ist nicht die Vorschrift § 52 Nr. 4 VwGO für die Frage der örtlichen Zuständigkeit des Gerichts maßgebend. Der dienstliche Wohnsitz entscheidet, wie Schütz-Ulland und Bochalli²⁾ ohne Begründung meinen, nicht über die örtliche Zuständigkeit des Amtsgerichtes, sondern allein der Wohnsitz des Beamten im Zeitpunkt der Anordnung der Pflegerschaft.³⁾

Verlegt der Beamte seinen Wohnsitz im Laufe des Zwangspensionierungsverfahrens außerhalb des Ortes, an dem seine Dienstbehörde ihren Sitz hat, so verletzt der Beamte zwar seine beamtenrechtliche Pflicht, einen dienstlichen Wohnsitz zu gründen, das Pflegschaftsverfahren wird jedoch von dem Amtsgericht

1) KG vom 18.2.1965 1 W 2065/64, S. 3; Maneck-Schirmacher Anm. 2 zu § 53 HessBG; Grabendorff Anm. 2a zu § 58 RhpfBG; Hefele-Schmidt Anm. 5 zu Art. 58 BayBG;

2) Bochalli Anm. 2 zu § 44 BBG.
2) Schütz-Ulland Anm. 1 zu § 47 NWBG

3) Bochalli Anm. 2 zu § 44 BBG

eingeleitet, in dessen Bezirk der Beamte seinen Wohnsitz neu begründet hat, vorausgesetzt, daß der frühere Wohnsitz am Ort der Dienstbehörde nicht als Nebenwohnsitz weitergeführt wird¹⁾, sondern aufgegeben worden ist. Gleichgültig mag sein, daß der Beamte allein aus der Furcht handelt, das Amtsgericht am Ort der Dienstbehörde werde ihm gegenüber voreingenommen sein.

II Die Prüfungspflicht des Amtsgerichts

1. Antragsrecht des Dienstvorgesetzten

Gemäß § 44 Abs.1 S.2 BBG hat allein der Dienstvorgesetzte des Beamten das Recht, beim Amtsgericht die Einleitung eines Pflegschaftsverfahrens zu beantragen. Der Dienstvorgesetzte hat ein förmliches Antragsrecht; sein Antrag ist nicht nur eine Anregung des Gerichts, die Pflegschaft von Amts wegen anzuordnen²⁾. Das Amtsgericht ist weder verpflichtet noch berechtigt, eine Pflegschaft nach § 44 Abs.1 S.2 BBG anzuordnen³⁾. Ohne den vorliegenden Antrag des Dienstvorgesetzten kann das Amtsgericht nicht tätig werden.⁴⁾ Wenn die Voraussetzungen einer Pflegschaft vorliegen, so ist der Dienstvorgesetzte auch verpflichtet, den Antrag nach § 44 Abs.1 S.2 BBG beim Amtsgericht zu stellen. In solch einem Fall wäre die Einleitung eines Zwangspensionierungsverfahrens ohne die Bestellung eines Pflegers rechtswidrig.⁵⁾

1) KG 1 W 2065/64 vom 18.2.1965, S.4

2) BayObLG 57, 349(352); Die Pflegschaft nach §1910 BGB wird von Amts wegen eingeleitet (Dölle §141 IV)

3) BayObLG 57, 349(352/3)

4) LG Dortmund FamRZ 1962, 485

5) Vgl. Seite 88 der Arbeit, vgl. Seite 67, Nr.1 der Arbeit

2. Keine Bindung des Amtsgerichts an den Antrag des Dienstvorgesetzten

Der Wortlaut des § 44 Abs.1 S.2 BBG ist nicht dahin auszulegen, daß das Amtsgericht dem Antrag des Dienstvorgesetzten zu entsprechen habe, ohne selbst die Voraussetzungen einer Pflegschaftsanordnung geprüft zu haben.

Diese schon vom Kammergericht¹⁾ in seinen Entscheidungen aus den Jahren 1905 und 1909 vertretene Ansicht ist nunmehr hM in Lehre²⁾ und Rechtsprechung.³⁾

Die entgegengesetzte Auffassung des OLG's SchH⁴⁾, des OLG's Hamm⁵⁾ und von Sachsse-Topka⁶⁾ und Gerhardt⁷⁾ stützt sich, ohne selbst eine Begründung zu geben auf eine Entscheidung des KG⁸⁾ zu § 75 DBG, wonach damals nach hM das Amtsgericht nicht berechtigt war, die Voraussetzungen einer Pflegschaftsanordnung zu überprüfen. § 75 Abs.1 S.4 DBG schrieb ausdrücklich vor, daß das Amtsgericht dem Antrag des Dienstvorgesetzten zu entsprechen habe.

Diese Auffassung widerspricht jedoch der nunmehr geltenden Verfassung¹⁰⁾, insbesondere den Art. 19 IV, 97 I GG, und dem Wortlaut des § 44 Abs.1 S.2 BBG i.d.F. vom 20.7.1967 (BGBl. I 750). Das Kammergericht¹¹⁾ und das OLG Hamm¹²⁾ haben ihre frühere Rechtsprechung zu § 75 DBG und § 44 BBG i.d.F. vom 14.7.1953 (BGBl. I 551) aufgegeben.

Die Vorschrift § 44 Abs.1 BBG ist dahin geändert worden, daß der Satz 4 des § 75 DBG wohl im § 44 a.F., jedoch nicht mehr im § 44 Abs.1 BBG n.F. aufgenommen worden ist, so daß § 44 BBG i.d.F.

1) KG J 37, A 69(74); KG J 30 A 28(33)

2) Hitzelberger NJW 1958, 86(87); Crisolli-Schwarz Anm. 5 zu § 53 hessBG; Weiss-Kranz Anm. 4 zu Art. 58 BayBG; Staudinger-Engler Anm. 47 zu § 1910 BGB; Müller-Beck Anm. 7 zu § 49bawüBG; Bochsalli Anm. 1 zu § 47 nwbG

3) EYWG VI C 70/64 vom 14.3.1967, S. 11; KG JW 1961, 2166 (2167); BayObLG 57, 349(353); OLG Hamm OLG 1968, 239/40

4) SchHOLG SchHA 55, 36(37);

5) OLG Hamm JVB 1959, 151;

6) Sachsse-Topka Anm. 5 zu § 56ndsbG

7) Gerhardt Anm. 2 zu § 49 bawüBG 8) KG JW 1938, 129

vom 18.9.1957 eine Bindung des Amtsgerichts an den Antrag des Dienstvorgesetzten nicht mehr vorschreibt. Vielmehr werden ausdrücklich in § 44 Abs.1 BBG n.F. die Rechtsmittel gegen die Pflegschaftsanordnung zugelassen, die gegen die Anordnung einer Gebrechlichkeitspflegschaft nach § 1910 BGB in der freiwilligen Gerichtsbarkeit gegeben sind.

Eine Bindung des Amtsgerichts an den Antrag des Dienstvorgesetzten würde Art.19 Abs.4 GG nicht entsprechen, wonach gegen Eingriffe in die Rechte des Bürgers der Rechtsweg offensteht .

Zwar könnte der Antrag des Dienstvorgesetzten als ein anfechtbarer Verwaltungsakt angesehen werden.¹³⁾ Die Eröffnung des Rechtswegs an die Verwaltungsgerichte würde jedoch eine geteilte Zuständigkeit herbeiführen. Im übrigen ist die verwaltungsgerichtliche Überprüfung eines Antrags des Dienstvorgesetzten im Zusammenhang mit der Pflegschaftsanordnung durch das Amtsgericht nicht denkbar, da ein Verwaltungsgericht nicht die Entscheidung eines Amtsgerichts überprüfen kann. Demnach wäre die gerichtliche Überprüfung einer Pflegschaftsanordnung nach § 44 Abs.1 S.2 BBG nicht gegeben, wenn das Amtsgericht an den Antrag des Dienstvorgesetzten gebunden wäre. Auch ist es nicht Aufgabe der Gerichte, Weisungen einer Verwaltungsbehörde zu befolgen. Aufgrund der Unabhängigkeit der Gerichte ist ein Weisungsrecht einer Verwaltungsbehörde gegenüber den Gerichten unzulässig und die Bindung eines Gerichts an den Antrag des Dienstvorgesetzten nach § 44 Abs.1 BBG widerspricht Art.97 Abs.1 GG. Die Gerichte sind nur dem Gesetz unterworfen, und es ist gerade ihre Aufgabe, das Gesetz anzuwenden und ihre Entscheidungen

9) Brand Anm.4e zu § 75 DBG(1937)

10) BayObLG 1957,349(353) als eine der ersten Entscheidungen, die Art.19 Abs.4 beachtetten und §44 a.F. verfassungskonform auslegten

11) KG NJW 1961,2166(2167)

12) OLG Hamm OLG 1968,239

13) Hitzelberger NJW 1958,86(87)

auf ~~seiner~~ Übereinstimmung mit dem Gesetz zu überprüfen.

3. Der Amtsermittlungsgrundsatz § 12 FGG

Gemäß § 44 Abs. 1 S.2 2. HS werden auf das Pflegschaftsverfahren diejenigen Vorschriften entsprechend angewandt, die das Verfahren bei einer Pflegschaftsanordnung nach § 1910 BGB im Gesetz für Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit regeln. Vor der Bestellung eines Gebrechlichkeitspflegers nach § 1910 BGB hat das Amtsgericht von Amts wegen den Sachverhalt zu ermitteln, § 12 FGG. Der Amtsermittlungsgrundsatz gilt somit auch für die Bestellung eines Pflegers im Zwangspensionierungsverfahren. Das Amtsgericht ist nicht an den von den Verfahrensbeteiligten vorgetragenen Sachverhalt gebunden. Es ermittelt von Amts wegen den Sachverhalt, § 12 FGG.

Dabei ergeben sich ähnliche rechtliche Probleme, wie bei der Ermittlung des Sachverhalts durch die Dienstbehörde und den Ermittlungsführer im Zwangspensionierungsverfahren¹⁾.

1) Vgl. S. 22ff, 58ff der Arbeit

Der Beamte wird jedoch nicht verpflichtet sein, die Ärzte, die ihn bisher behandelten, von ihrer ärztlichen Schweigepflicht zu entbinden. Das Gericht wird die Weigerung des Beamten, bei der Aufklärung des Sachverhaltes mitzuwirken, in freier Beweiswürdigung unter Berücksichtigung der übrigen Ermittlungsergebnisse beurteilen. (Vgl. Seite 27 der Arbeit)

§ 12 FGG ist zwar die gesetzliche Grundlage, das Erscheinen des Beamten vor Gericht anzuordnen. § 12 FGG ist jedoch nicht als Grundlage anzusehen, aufgrund der das Erscheinen unter Zwangsmittel, sei es mit Ordnungsstrafen oder durch Vorführung erzwungen werden kann. Dies ist nunmehr hM (Jansen Rdn69 zu § 12 FGG, 2. Auflage 1969 mit weiteren Hinweisen). Der entgegengesetzten Auffassung kann nicht gefolgt werden (Keidel Anm. 7 zu § 13 FGG; Baur, FGG § 15 A II3 FuBn. 11; BayObLG NJW 1967, 685; OLG Hamm Rpfleger 56, 243; OLG 1968, 239 (242)). Auch ist es nach hM unzuläs-

III Die Begründetheit einer Pflegschaftsanordnung

1. Das Antragsrecht des Dienstvorgesetzten als notwendige Voraussetzung

Der vom Dienstvorgesetzten beim Amtsgericht gestellte Antrag nach § 44 Abs.1S.2 BBG ist notwendige materielle Voraussetzung dafür, daß vom Amtsgericht eine Pflegschaft nach beamtenrechtlichen Vorschriften im Zwangspensionierungsverfahren eingeleitet werden kann.¹⁾ Ob ein Verfahren auf Antrag eröffnet wird, ist meist in einer materiellen Vorschrift bestimmt.²⁾

Eine Pflegschaftsanordnung ohne Antrag des Dienstvorgesetzten ist rechtswidrig und auf eine Beschwerde hin aufzuheben. Demgegenüber ist jedoch die Eröffnung eines Zwangspensionierungsverfahrens fehlerhaft und die Mitteilung des Dienstvorgesetzten gegenüber dem Beamten unwirksam,³⁾ wenn die Voraussetzungen einer Pflegschaftsanordnung erfüllt sind und der Dienstvorgesetzte die Bestellung eines Pflegers beim Amtsgericht nicht beantragt. Der Dienstvorgesetzte ist demnach berechtigt und zugleich verpflichtet, eine Pflegschaftsanordnung zu beantragen, wenn er die Voraussetzungen gemäß der beamtenrechtlichen Vorschriften des Bundes bzw. der Länder für erfüllt sieht.

sig, die Anordnung einer ärztlichen Untersuchung zu vollstrecken (OLG Hamm OLG 1968, 239(242/5); Bloedhorn NJW 1967, 1284; Jansen JR 1968, 103(104); a.A. BayObLG NJW 1967, 685(686)).

1) Korn Anm. 6 zu § 47nwbG; Plog-Wiedow Anm. 6, Fn. 4 zu § 44 BBG; BayObLG 57, 349(352/3); LG Dort. FamKZ 62, 485

2) Lent FGG § 11 I 3 (3. Auflage)

3) Vgl. Seite 84 der Arbeit; vgl. Seite 67, Nr. 1 der Arbeit

Hierin unterscheidet sich die Pflegschaft im Zwangspensionierungsverfahren von einer Pflegschaft nach §§ 1909 ff BGB. Eine Pflegschaft nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches wird von Amts wegen angeordnet.¹⁾ Ein gestellter Antrag ist als Anregung, nunmehr von Amts wegen tätig zu werden, zu sehen und die Rücknahme eines Antrages hindert das Amtsgericht nicht daran, dennoch eine Pflegschaft anzuordnen.

2. Darstellung der Auffassungen in Rechtsprechung und Schrifttum zu § 44 Abs. 1 S. 2 BBG

a) In Rechtsprechung und Schrifttum wird die Ansicht vertreten, daß eine Pflegschaft im Zwangspensionierungsverfahren angeordnet werden kann, wenn die Voraussetzungen der Vorschrift § 1910 BGB erfüllt sind. Insbesondere sei eine Pflegschaft nur dann ohne Einwilligung des Beamten zulässig, wenn eine Verständigung mit ihm nicht möglich sei, § 1910 Abs. 3 BGB.

Das Kammergericht²⁾ hat diese Auffassung in seinen Entscheidungen vom 5.3.1909 und 21.1.1901 damit begründet, daß mit der damals neuen Regelung § 1910 BGB ein Fürsorgeamt geschaffen worden sei, das den Pfleger berechtige, für den Beamten im Zwangspensionierungsverfahren alle notwendigen Erklärungen abzugeben und seine Rechte in diesem Verfahren wahrzunehmen. Gerade die Pflegschaft nach § 1910 BGB sei auch dafür bestimmt, alle mit dem Verfahren zusammenhängenden Angelegenheiten für den Beamten zu regeln. Es sei auch § 1910 Abs. 3 BGB vom Gericht zu beachten.

1) Dölle § 141 IV

2) KG J 37 Abg (74) ; KG OLG 1, 234 (235)

Das BayObLG¹⁾ hat die gleiche Auffassung in der Entscheidung vom 2.10.1929 damit begründet, daß es kein rechtliches Bedürfnis gebe, eine Sonderpflegschaft einzurichten, die die Vertretung des Beamten im Zwangspensionierungsverfahren anders regelt als in den Vorschriften der §§ 1909 ff BGB. Wenn das Reichsbeamtengesetz in § 62 die Bestellung eines Pflegers erwähnt, so sei darin nur ein Hinweis zu sehen, daß auch im Zwangspensionierungsverfahren die Anordnung einer Pflegschaft zulässig und der Pfleger berechtigt sei, auch die öffentlich-rechtlichen Interessen des Beamten gegenüber dem Staat für diesen geltend zu machen. Die Schwierigkeiten, die sich aus § 1910 Abs. 3 BGB ergeben, könnten eine andere Auslegung der Vorschrift nicht rechtfertigen.

Diese Auffassung wird in der Rechtsprechung zu § 44 BBG und den entsprechenden Vorschriften der Landesbeamtengesetze nicht mehr vertreten.

In der Literatur wird dagegen diese Ansicht aufrecht erhalten von Maneck-Schirrmacher²⁾, Schmidt-Ehrenthal³⁾, Hefele-Schmidt⁴⁾ und Hildebrandt-Demmler⁵⁾ zu § 47 LBG NW i. F. von 14.6.1966. Sie folgen damit der schon von Schulze⁶⁾ vertretenen Auffassung, daß der Kurator bzw. der Pfleger ein Begriff aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch sei und in den öffentlich-rechtlichen Vorschriften der Beamtengesetze nicht die Voraussetzungen genannt seien, nach denen eine Pflegschaft im Zwangspensionierungsverfahren angeordnet werde. Eine Begründung, insbesondere eine Aus-

1) BayObLG JFG 7, 95 (98/9)

2) Maneck-Schirrmacher Anm. 2 zu § 53 hessBG

3) Schmidt-Ehrenthal Anm. 7 zu § 56 ndsBG

4) Hefele-Schmidt Anm. 5 zu Art. 58 BayBG

5) Hildebrandt-Demmler Anm. 2.2. zu § 47 nwbG

6) Schulze Anm. 3 zu § 62 RBG; eine Auseinandersetzung mit der hM, die den entgegengesetzten Standpunkt vertritt, findet sich in der oben zu Fußnote 2) bis 5) angegebenen Literatur nicht.

einandersetzung mit der hM fehlt.

Fischbach¹⁾, Leusser-Gerner²⁾ und Bochall³⁾ meinen, daß die Vorschriften der Beamtengesetze die materiellen Voraussetzungen einer Pflegerschaft nennen, jedoch sei ein Pfleger, der nach beamtenrechtlichen Vorschriften bestellt sei, nicht der gesetzliche Vertreter des Beamten; nur wenn die Voraussetzungen des § 1910 BGB erfüllt seien, könne der Pfleger als gesetzlicher Vertreter des Beamten angesehen werden. Eine Begründung wird, obgleich das Gesetz ausdrücklich die Stellung des Pflegers nach § 44 Abs. 1 S. 2 BBG als gesetzlicher Vertreter des Beamten betont, nicht gegeben.

b) In der Rechtsprechung und im Schrifttum wird mit dem Hinweis, daß die Pflegerschaft im Zwangspensionierungsverfahren eine öffentlich-rechtliche Pflegerschaft sei, die Auffassung begründet, daß die materiellen Voraussetzungen allein in den Bestimmungen der Beamtengesetze zu sehen seien und eine entsprechende Anwendung der Vorschriften des BGB, insbesondere der Vorschrift § 1910 Abs. 3 BGB nicht zulässig sei. Eine Pflegerschaft nach § 44 Abs. 1 S. 2 BBG sei anzuordnen, wenn der Beamte wegen eines geistigen oder körperlichen Gebrechens im Sinne § 1910 I, II BGB nicht in der Lage sei, seine Rechte wahrzunehmen, sich zu äußern, und das Verfahren dadurch verzögert werde.

Das Kammergericht⁴⁾ hat seine Entscheidung vom 5.3.1909 nicht aufrecht erhalten. Schon in der

1) Fischbach Anm. I zu § 44 BBG, Fußn. 4 (1904)

2) Leusser-Gerner Anm. 2 zu Art. 58 BayBG (1901)

3) Bochall Anm. 2 zu § 44 BBG (1958)

4) KG J 37 A 69 (74)

Entscheidung vom 9.3.1905¹⁾ hatte das Kammergericht die entsprechende Anwendung der Vorschriften des BGB im Zwangspensionierungsverfahren abgelehnt. Nach Inkrafttreten des RBG i. d. F. vom 26.1.1937 vertrat es²⁾ die Ansicht, daß die Anordnung einer Pflegerschaft weder vom Amtsgericht überprüft werden könne, noch die Voraussetzungen des § 1910 BGB zu erfüllen seien, wenn ein Pfleger die Rechte im Zwangspensionierungsverfahren als Vertreter mit Wirkung für und gegen den Beamten wahrnehmen werde. Die Vorschrift § 1910 Abs. 3 BGB versetze die Behörde nur in Schwierigkeiten, die die zwangsweise Versetzung des Beamten in den Ruhestand allzu sehr verzögern würden und das Ermessen der Behörde unzulässig einschränken könnten. Da die Entscheidung über die Zurruhesetzung gerichtlich nicht nachprüfbar sei, könne auch das Recht der Dienstbehörde, den Beamten unter allen Umständen gegen seinen Willen zu pensionieren, nicht durch die Anwendung der §§ 1909 ff BGB und eine gerichtliche Überprüfung eingeschränkt werden. Insbesondere sei die Anordnung einer Pflegerschaft nicht davon abhängig, daß der Beamte geschäftsunfähig sei oder Geistesschwäche oder nur die Unfähigkeit, einzelne Angelegenheiten selbst zu besorgen, festgestellt werden müsse.³⁾

1) KG J 30 A 38 (33)

2) KG JW 1938, 129

3) wie zu 2) ; das Kammergericht zitiert zur Unterstützung seiner Auffassung Brand, obgleich Brand schon in seinem Kommentar zum RBG im Jahre 1902 der Meinung war, daß bei den Voraussetzungen einer Pflegerschaftsanordnung in § 62 RBG und § 1910 BGB keine Unterschiede gebe, denn beide Pflegschaften seien nur dann ohne Einwilligung des Beamten zulässig, wenn eine Verständigung mit dem Beamten nicht möglich sei. Diese Auffassung vertritt Brand auch im Kommentar zum RBG, 2. Auflage, 1929 (Anm. I zu § 62 RBG; Anm. 3 zu § 62 RBG, 1902). Dagegen vertritt das Kammergericht die Ansicht, daß eine Pflegerschaft schon dann gerechtfertigt sei, wenn das Gebrechen des Beamten das Verfahren erschwere (KG 1938, 129).

Die Rechtsprechung zum Bundesbeamtengesetz und zu den entsprechenden Vorschriften der Landesbeamtengesetze läßt nicht immer klar erkennen, ob sie auch in körperlichen Gebrechen im Sinne § 1910 BGB einen Grund sieht, eine Pflegschaft im Zwangspensionierungsverfahren anzuordnen.

Das BayObLG ¹⁾ hat seine Auffassung aus dem Jahre 1929 in seiner Entscheidung vom 26.11.1957 nicht aufrecht erhalten und eine entsprechende Anwendung der §§ 1909 ff BGB abgelehnt. Da es jedoch eine Beschwerde eines geschäftsunfähigen Beamten gegen die Anordnung der Pflegschaft für unzulässig und in dieser Entscheidung die Beschwerde des Beamten für zulässig, aber für unbegründet hielt, ist nach dieser Entscheidung des BayObLG's die Pflegschaftsanordnung für einen geschäftsfähigen Beamten rechtmäßig.

In der Literatur zu den Beamtengesetzen wird von Plog-Wiedow ²⁾, Schütz-Ulland ³⁾ und Weiss-Kranz ⁴⁾ die Auffassung vertreten, daß die Pflegschaft im Zwangspensionierungsverfahren sowohl aufgrund von geistigen als auch aufgrund von körperlichen Gebrechen im Sinne § 1910 I, II BGB angeordnet werden könne. Sie begründen diese Ansicht nicht. Mit dem Hinweis auf die Entscheidung des Kammergerichts ⁵⁾ vom 8.10.1937 folgen sie der Ansicht Wittlands ⁶⁾, Schnacks ⁷⁾ und Brands ⁸⁾. Diese geben

1) BayObLG 57, 349 (352); Es hält jedoch eine Bindung des Amtsgerichts wegen Art. 19 IV GG für unzulässig.

2) Plog-Wiedow Anm. 6 zu § 44 BBG

3) Schütz-Ulland Anm. 4 zu § 47 nWBG

4) Weiss-Kranz Anm. 4 zu Art. 58 BayBG

5) KG JW 1938, 129

6) Nadler-Wittland Anm. 5 zu § 75 DBG (1938); 7) Schack Beamtenjahrbuch 1938, 222 (225); 8) Brand Anm. 4e, 5 zu § 75 DBG (1937).

eine Bestimmung des Begriffs "die Bestellung eines Pflegers für notwendig halten", die dahin lautet, daß der Beamte nicht in der Lage sein müsse, die Bedeutung des Verfahrens zu erkennen und zu würdigen bzw. überhaupt die Rechte in dem Verfahren sachgemäß wahrzunehmen.

c) In Rechtsprechung und Literatur wird die Auffassung vertreten, daß eine Pfllegschaft im Zwangspensionierungsverfahren angeordnet werden könne, wenn die Voraussetzungen der beamtenrechtlichen Vorschrift erfüllt seien. Eine entsprechende Anwendung der Vorschriften §§ 1909 ff BGB wird abgelehnt, insbesondere sei eine Einwilligung des Beamten in die Pflegerbestellung nicht erforderlich.

Die Voraussetzung "zur Wahrnehmung seiner Rechte nicht in der Lage sein" sei jedoch erst erfüllt, wenn der Grad der geistigen Gebrechen Krankheitswert erreicht habe und der Pflegebefohlene mindestens partiell geschäftsunfähig sei. Körperliche Gebrechen könnten eine Pfllegschaftsanordnung nicht rechtfertigen.

Das OLG Hamm¹⁾ hat diese Auffassung damit begründet, daß eine Pflegerbestellung im Zwangspensionierungsverfahren wie auch im Disziplinarverfahren nach § 19 BDO ein einschwerwiegenden Eingriff in die Persönlichkeitsrechte und in das Recht auf rechtliches Gehör zur Folge habe. Es schließt sich ausdrücklich der Entscheidung des Kammergerichts²⁾ vom 24.8.1961 an, in der das Kammergericht eine Pfllegschaft wegen körperlicher Gebrechen eines geistig gesunden Pflegebefohlenen mit dem Grundgesetz für unvereinbar hält. Die vom Kammergericht aufgestellten Grundsätze für das Disziplinarverfahren seien

1) OLG Hamm OLG 1968, 239 (240/1)

2) KG NJW 1961, 2166

auch für das Zwangspensionierungsverfahren verbindlich. Das OLG Hamm ist demnach der Auffassung, daß körperliche Gebrechen eine Pflegschaftsanordnung nicht rechtfertigen können.

Darüberhinaus erklärt es auch ausdrücklich, daß geistige Gebrechen im Sinne § 1910 Abs. 2 BGB den Beamten nicht daran hindern könnten, seine Rechte im Zwangspensionierungsverfahren wahrzunehmen. Da der Beamte seine Prozeßfähigkeit durch die Pflegerbestellung verliere und "bloßer Gegenstand" des Verfahrens werde, sei eine Pflegerbestellung nur zulässig, wenn ein solches Maß an Einsichtslosigkeit in die eigene, tatsächliche und rechtliche Lage festzustellen, daß eine vernünftige Stellungnahme nicht mehr zu erwarten sei, und der Pflegebefohlene mindestens partiell geschäftsunfähig sei¹⁾. Die Unfähigkeit, sich in dem Verfahren nur sachlich und sachbezogen zu erklären, und insbesondere eine perulatorische Neigung erfüllen nicht die Voraussetzungen der beamtenrechtlichen Vorschriften einer Pflegschaft im Zwangspensionierungsverfahren.

Das Kammergericht hält eine Pflegschaft im Zwangspensionierungsverfahren für gerechtfertigt, wenn der Beamte in diesem Verfahren nicht selbst als Beteiligter handeln kann²⁾. Die Erfüllung der verfahrensrechtlichen Pflichten setze die Einsicht in den Sinn und Zweck der Rechte des einzelnen und des Staates sowie der Rechtsordnung voraus.³⁾ In dieser Entscheidung kommt jedoch nicht deutlich zum Ausdruck, ob nur geistige Gebrechen, die den Grad der Geschäftsunfähigkeit erreicht haben müssen, eine Pflegschaftsanordnung im Zwangspensionierungsverfahren begründen können.

1) OLG Hamm OLG 1968, 239 (241)

2) KG 1 W 2065/64 vom 18.2.1965, S. 6

3) KG a.a.O., S. 11

In der Literatur vertritt Leusser-Gerner¹⁾ die Ansicht, daß ein Pflger im Zwangspensionierungsverfahren bestellt werden müsse, wenn der Beamte in seiner Geschäftsfähigkeit beschränkt sei, da der Beamte in einem solchen Fall zur Vornahme von Verfahrenshandlungen nicht in der Lage sei. Der nach beamtenrechtlichen Vorschriften bestellte Pflger sei jedoch nicht gesetzlicher Vertreter des Beamten, sondern habe nur die rechtlichen Interessen des Beamten in diesem Verfahren wahrzunehmen. Wenn ein gesetzlicher Vertreter den Beamten vertreten soll, sei dieser nach den Vorschriften des BGB als Vormund oder Gebrechlichkeitspfleger zu bestellen.

d) Im Schrifttum wird die Meinung vertreten, daß die materiellen Voraussetzungen einer Pflegschaft im Zwangspensionierungsverfahren in den beamtenrechtlichen Vorschriften genannt werden. Die Voraussetzungen einer öffentlich-rechtlichen Pflegschaft seien jedoch nicht von denen der in § 1910 Abs. 3 BGB genannten verschieden, denn beide Pflegschaften könnten nur dann angeordnet werden, wenn eine Verständigung mit dem Beamten nicht möglich sei. Diese Auffassung hat Brand schon in seinem Kommentar zu § 62 RBG im Jahre 1902 vertreten und auch in seinem Kommentar zum RBG im Jahre 1929 aufrechterhalten.²⁾

Schack³⁾ bezeichnet die Voraussetzungen für eine Pflegschaftsanordnung mit "Willensunfähigkeit".

Das Bayrische Landesbeamtengesetz aus dem Jahre 1908 erklärt die Bestellung eines gesetzlichen Vertreters, der für den Beamten die Zustellungen entgegennimmt, in dem Fall für zulässig, in dem

1) Leusser-Gerner Anm. 1 zu Art. 58 BayBG

2) Brand Anm. 3 zu § 62 RBG 1902; Brand Anm. 3 zu § 62 RBG 1929, S. 293/4

3) Schack Beamtenjahrbuch 1938, 222(227); so auch Klüber ZBR 1932, 13(16/17); ob mit Willensunfähigkeit Geschäftsunfähigkeit oder die 'natürliche Handlungsunfähigkeit' gemeint ist, ist nicht ersichtlich.

mit dem Beamten eine Verständigung nicht möglich ist und ein gesetzlicher Vertreter für ihn bisher nicht bestellt wurde, Art. 51 Abs. 2 BayBG i. d. F. vom 16.8.1908 .

Ebenso ist Fischbach der Auffassung, daß die beamtenrechtlichen Vorschriften die materiellen Voraussetzungen nennen, nach denen eine Pflegschaft im Zwangspensionierungsverfahren angeordnet werden könne. Eine Einwilligung im Sinne des § 1910 Abs. 3 BGB sei nicht erforderlich. Die Bestellung eines Pflegers sei jedoch nur dann begründet, wenn der Beamte handlungsunfähig sei¹⁾. Die Verhandlungsunfähigkeit könne auf körperlichen oder geistigen Gebrechen beruhen.

e) Stellungnahme

Die Darstellung der Auffassungen in Rechtsprechung und Schrifttum zu den Voraussetzungen einer Pflegschaftsanordnung im Zwangspensionierungsverfahren zeigt, daß die unterschiedlichsten Ansichten vertreten werden :

Der Begriff 'zur Wahrnehmung seiner Rechte in dem Verfahren nicht in der Lage sein' wird mit Verständigungsunmöglichkeit, Verhandlungsunfähigkeit, Geschäftsunfähigkeit oder mit geistigen oder körperlichen Gebrechen gleichgesetzt.

1) Fischbach Anm. I zu § 44 BBG (1964)

Unterschiedliche Auffassungen bestehen über die Rechtsgrundlage; einerseits wird sie in § 1910 BGB und andererseits in § 44 Abs.1 S.2 BBG gesehen. Die einen halten eine Einwilligung in die Pflegschaftsanordnung für erforderlich, es sei denn, daß mit dem Pflegebefohlenen eine Verständigung nicht mehr möglich ist; die andern halten eine Pflegschaftsanordnung unabhängig von der Einwilligung des Pflegebefohlenen für zulässig. Unterschiedlich wird die Frage beantwortet, ob neben geistigen auch körperliche Gebrechen im Sinne § 1910 Abs.1 oder 2 BGB eine Pflegschaftsanordnung begründen können.

Angesichts dieser Vielfalt verschiedener Auffassungen ist eine Stellungnahme zu diesen Streitfragen erst möglich, wenn der Umfang der Vertretungsmacht des Pflegers und die Voraussetzungen, die die Beendigung der Pflegschaft herbeiführen, festgestellt sind. Der Umfang des Wirkungskreises einer Pflegschaft ist von den Voraussetzungen einer Pflegschaftsanordnung abhängig. Die eine Frage kann ohne Berücksichtigung der andern nicht entschieden werden.

Deshalb soll zunächst der Wirkungskreis der Pflegschaft im Zwangspensionierungsverfahren nach § 44 Abs.1 S.2 BBG untersucht werden, bevor zu den Voraussetzungen einer Pflegschaftsanordnung im Zwangspensionierungsverfahren Stellung genommen wird.

C Der Wirkungskreis der Pflegschaft und die
Rechtsstellung des Beamten

I Der Pfleger als gesetzlicher Vertreter des
Beamten

1. Die Auffassung in Rechtsprechung und Literatur

Wenn der Wortlaut des Gesetzes § 44 Abs. 1 S. 3
BBG den Pfleger zum gesetzlichen Vertreter des Be-
amten bestimmt, so ist mit dem Begriff 'gesetzlicher
Vertreter' die verfahrensrechtliche Stellung so-
wohl des Pflegers als auch des Beamten näher be-
stimmt.

Im Verwaltungsrecht sind die Vorschriften §§ 164 ff
BGB entsprechend anzuwenden¹⁾, so daß der Begriff
'gesetzlicher Vertreter' im Privatrecht wie auch
im Verwaltungsrecht dieselbe Auslegung erfährt.

1) Wolff § 35 II b

Unstreitig gehört zur Vertretung, daß der Vertre-
ter im Namen eines anderen handelt (Soergel-Schultze
Anm. 23 vor § 164) und mit Wirkung für und gegen den
Vertretenen eine Willenserklärung gegenüber einem
Dritten abgibt oder von diesem empfängt (Soergel-
Schultze-v. Lasaulx Anm. 3 vor § 164).
Vom Boten unterscheidet sich der Vertreter, der z. B.
seinen Willen auch mündlich äußert, dadurch, daß der
Bote im Gegensatz zum Vertreter keine eigene Wil-
lenserklärung abgibt (RGRK-Krüger-N. Anm. 21 vor § 164
BGB). Der Bote ist Vertreter in der Erklärung und
nicht im Willen. Dagegen ist der Vertreter der Re-
präsentant des Vertretenen. Er ist derjenige, der han-
delt und die Erklärung als eigene abgibt und zum
Ausdruck bringt, was der Vertretene will. Unter Um-
ständen entstehen die rechtlichen Folgen der Erklä-
rungen des Vertreters auch dann in der Person des
Vertretenen, wenn der Vertreter über den Umfang
seiner Vertretungsmacht hinaus rechtsgeschäftliche
Erklärungen abgibt.
Die Vertretungsbeziehung kann auf eine Bevoll-
mächtigung durch den Vertretenen bzw. den Rechtsin-
haber beruhen oder auf ausdrücklich gesetzliche
Regelung. Der Umfang der Vertretungsmacht ergibt sich
entweder aus der Vollmacht oder aus dem Gesetz.

Fischbach¹⁾, Bockhalli²⁾, Leusser-Gerner³⁾ und das OLG Hamm⁴⁾ in seiner Entscheidung vom 13.1.1959 sind der Auffassung, daß die PflEGschaft im Zwangspensionierungsverfahren zwar nach den Voraussetzungen der beamtenrechtlichen Vorschriften anzuordnen sei, der Pfleger jedoch nicht der gesetzliche Vertreter des Beamten im Zwangspensionierungsverfahren sei. Sie sehen die Aufgabe und die Rechtsstellung des Pflegers darin, daß er 'die Interessen des Beamten wahrzunehmen' habe.

Sie folgen darin der Auffassung Nadler-Wittlands⁵⁾ und Schack⁶⁾ zum § 75 DBG, die den Pfleger nicht als den gesetzlichen Vertreter des Beamten im allgemeinen sahen; die Aufgabe des Vertreters bestehe vielmehr darin, die 'Interessen des Beamten im Verfahren sachgemäß wahrzunehmen!.

Überwiegend wird jedoch in Rechtsprechung⁷⁾ und Literatur der Pfleger im Zwangspensionierungsverfahren ausdrücklich als gesetzlicher Vertreter des Beamten bezeichnet und ihm die Rechtsstellung eines solchen zugeordnet.

2. Stellungnahme

Das Deutsche Beamtengesetz i.d.F. vom 26.1.1937 und das Bundesbeamtengesetz i.d.F. vom 14.7.1953 (BGBl. I 551) haben zwar die Stellung des Pflegers nicht ausdrücklich mit dem Begriff 'gesetzlicher Vertreter' bezeichnet. Das Bundesbeamtengesetz i.d.F. vom 18.9.1957 und die Beamtengesetze der Länder haben jedoch aufgrund des Beamtenrechtsrahmengesetzes i.d.F. vom 1.7.1957 dem Pfleger die Stellung eines

1) Fischbach Anm. I zu § 44, Fußnote 4 (1964)

2) Bockhalli Anm. 2 zu § 44, (1958),

3) Leusser-Gerner Anm. 2 zu Art. 58 BayBG

4) OLG Hamm JVEl. 1959, 151

5) Nadler-Wittland Anm. 7 zu § 75 DBG

6) Schack Beamtenjahrbuch 1938, 222 (227), Fußn 27

7) OLG Hamm OLG 1968, 239 (240); das BVwGVIC 76/64 vom

gesetzlichen Vertreters zugeordnet.

Nachdem der Wortlaut des Bundesbeamtengesetzes und der Beamtengesetze der Länder geändert wurde, ist die Auffassung Nadler-Wittlands und Schacks als überholt anzusehen. Erst nach 1960 haben Bochall¹⁰⁾ und das OLG Hamm ihre Auffassungen geändert¹⁰⁾, nachdem sie entgegen dem Wortlaut des Bundesbeamtengesetzes im Jahre 1959 den Pfleger nach § 44 Abs. 1 BBG nicht als den gesetzlichen Vertreter des Beamten ansahen.

Ohne Begründung bleibt die Auffassung von Fischbach und Leusser-Gerner, obgleich der Gesetzestext des BBG's und des BayBG's ausdrücklich entgegen ihrer Auslegung lautet. Da beide dem Pfleger die Stellung eines gesetzlichen Vertreters nur dann zuordnen, wenn dieser nach § 1910 BGB bestellt worden ist, so scheinen sie wie z.B. Schmidt-Ehrenthal⁹⁾ der Auffassung zu sein, daß § 1910 BGB die materiellen Voraussetzungen einer PflEGschaft im Zwangspensionierungsverfahren bestimmt. Es ist jedoch aus den wenigen Sätzen in den betreffenden Kommentaren nicht genau zu erkennen, welche rechtliche Stellung sie dem Pfleger im Zwangspensionierungsverfahren einräumen.

Es ist der hM zu folgen, denn es ist kein Grund ersichtlich, daß nach klarem Wortlaut des Gesetzes der Pfleger nicht der gesetzliche Vertreter des Beamten im Zwangspensionierungsverfahren sein soll. Wenn man ein rechtspolitisches Bedürfnis darin sieht, die Anordnungen der PflEGschaften dadurch im Rahmen der Rechtsordnung zu halten, daß durch eine strenge Auslegung des Gesetzes die Rechte

16.8.1967, S. 8 ordnet dem Pfleger die Stellung eines Verfahrensvertreters zu, gegen den das Verfahren durchgeführt wird.

8) Weiss-Kranz Anm. 4 zu Art. 58 BayBG; Korn Anm. 6 zu § 47 nWBG; Bochall¹⁰⁾ Anm. 1 zu § 47 nWBG; Schütz-Ulland Anm. 4 zu § 47 nWBG Staudinger-Engler Anm. 47 zu § 1910 BGB; Hitzelberger NJW 1958, 86 (87)

9) Schmidt-Ehrenthal Anm. 7 zu § 50 nBGB

10) Bochall¹⁰⁾ Anm. 1 zu § 47 nWBG; OLG Hamm OLG 68, 239

und Pflichten des Pflegers beschränkt werden, so besteht diese Möglichkeit nur da, wo der Gesetzeswortlaut auslegungsfähig ist. Der Rechtsbegriff 'gesetzlicher Vertreter' ist jedoch klar und deutlich und läßt keine Auslegung insoweit zu, als dem Gesetz ein dem Wortlaut entgegengesetzter Sinn unterlegt wird.

Der Pfleger nach § 44 Abs. 1 S. 2 BBG ist demnach kraft ausdrücklicher, gesetzlicher Regelung im Zwangspensionierungsverfahren gesetzlicher Vertreter des Beamten.

II Der Wirkungskreis der Pflegerschaft

1. Die Rechtsstellung des Pflegers

a) Die Stellung des Pflegers gegenüber dem Beamten und dessen Dienstbehörde

Der Pfleger ist Vertreter des Beamten im Zwangspensionierungsverfahren. Er tritt, wie auch der Pfleger im Disziplinarverfahren gemäß § 19 BDO¹⁾, in die Rechte und Pflichten des Beamten ein²⁾. Gegen den Pfleger wird die Zurrufsetzung durchgeführt³⁾. Er handelt jedoch nicht im eigenen Namen, sondern im Namen des Beamten und nimmt die Rechte und Pflichten des Beamten wahr. In dem Verfahren nimmt er nicht die Stellung eines zusätzlichen Beteiligten ein oder die eines Rechtsbeistandes, der die Handlungen und Erklärungen des

^m ZBR 68, 43 (44)

- 1) BVwG vom 16.8.1967, S. 7/8; KG NJW 1961, 2160 (2167); in allen Fällen einer Vertretung kraft Gesetzes liegt ein Akt sozialstaatlicher Fremdbestimmung vor (Müller-Freienfels S. 344). Bei der eigentlichen gesetzlichen Vertretung ist niemand da, der an Stelle des gesetzlichen Vertreters rechtsgeschäftliche Handlungen vornehmen könnte. Denn wäre der Vertretene ein "echtes Subjekt im Rechtsverkehr", so sei eine gesetzliche Vertretung nicht anzuordnen (Müller-Freienfels S. 360).
- 2) Der Vertreter unterscheidet sich vom Treuhänder dadurch, daß der Treuhänder im eigenen Namen, aber im Interesse und zum Vorteil des Treugebers handelt, während der Vertreter im fremden Namen Willenserklärungen abgibt bzw. entgegennimmt (Anm. 14 RGRK-Krüger-Nieland vor

Beamten unterstützt, sondern er handelt an Stelle des Beamten. Der Beamte selbst ist nicht mehr Beteiligter, der in dem Verfahren wirksame Verfahrenshandlungen vornehmen kann⁴⁾. Der Pfleger ist Verfahrensvertreter des Beamten, gegen den das Verfahren durchgeführt wird.⁵⁾

Zwar ist der Pfleger im Zwangspensionierungsverfahren nicht an Weisungen des Beamten gebunden und er übt sein Amt unabhängig aus, jedoch führt diese Unabhängigkeit nicht soweit, daß es seine Aufgabe ist, die widerstreitenden Interessen des Beamten und der Dienstbehörde zum Ausgleich zu bringen⁶⁾. Seine Stellung ist auch nicht ähnlich der des Ermittlungsführers, der zwischen Dienstbehörde und Beamten objektiv und unparteiisch sein Amt ausübt.

Obgleich die Pflegschaft durch den Antrag des Dienstvorgesetzten als notwendige Voraussetzung eingeleitet wird, besteht zwischen Dienstherrn und Pfleger kein Rechtsverhältnis⁷⁾, denn seine Rechtsstellung wird vom Amtsgericht, das unabhängig ist und an keine Weisungen und an keinen Antrag des Dienstvorgesetzten gebunden ist, durch dessen Hoheitsakt begründet.⁸⁾ Der Pfleger besorgt keine Geschäfte und Aufgaben des Dienstherrn. Er soll der Dienstbehörde auch nicht die Zurrücksetzung des Beamten dadurch erleichtern, daß er die rechtlichen Belange und die

§ 164 BGB; Soergel-Schultze Anm. 25 vor § 164 BGB).

3) BVwG vom 16.8.1967, S. 8, ZBR 68, 43(44)

4) KG 1 W 2065/64 vom 18.2.1965, S. 6

5) wie zu 3)

6) Der objektbezogene Vermögensverwalter (unechter Treuhänder) unterscheidet sich vom Vertreter darin, daß er nicht an die Weisungen des Vertretenen gebunden und nicht abrufbar ist, er handelt im eigenen Namen, vom Rechtsinhaber losgelöst und verfolgt nicht einseitig, wie der Vertreter, die Interessen des Rechtsinhabers, sondern von ihm wird ein neutrales Handeln und der Ausgleich kollidierender Interessen erwartet (Soergel-Schultze Anm. 29 vor § 164 BGB).

7) BVwG wie zu 3); Crisolli-Schwarz Anm. 5a zu § 53 hessBG

8) BVwG wie zu 3), S. 11; Crisolli-Schwarz a.a.O.

Interessen des Beamten den Interessen der Dienstbehörde anpaßt und etwa als Beauftragter beider Beteiligten gleichzeitig die Interessen des Beamten wie die der Dienstbehörde wahrnimmt.¹⁾ Der Pfleger hat auch nicht die Interessen des Dienstherrn gegenüber dem Beamten durchzusetzen. Die Interessen des Dienstherrn und insbesondere der Allgemeinheit an einer sparsamen und einsatzfähigen Verwaltung werden dadurch ausreichend berücksichtigt, daß § 44 Abs. 1 S. 2 BBG die Zurruesetzung eines dienstunfähigen Beamten auch ohne und gegen den Willen des Beamten ermöglicht²⁾. Darüberhinaus besteht die Pflegerschaft nicht im Interesse des Dienstherrn oder der Allgemeinheit, sondern dient vorwiegend dem Schutz des Beamten³⁾.

Die umfangreichen Schutzgarantien des Zwangspensionierungsverfahrens sollen auch demjenigen Beamten zugute kommen, der wegen seines gesundheitlichen Zustandes nicht als Beteiligter in dem Verfahren seine Rechte wahrnehmen kann. An Stelle des Beamten nimmt in diesem Fall der Pfleger für den Beamten dessen Rechte in dem Verfahren wahr, und zwar verfolgt er einseitig⁴⁾ die Interessen des Beamten gegen den Dienstherrn und er hat dafür zu sorgen, daß die Rechte des Beamten gewahrt und dessen Interessen gegenüber dem Dienstherrn durchgesetzt werden⁵⁾.

b) Umfang der Rechte und Pflichten im Rahmen des Verfahrens

aa) Pfleger als Zustellungsempfänger

Der Pfleger hat zunächst einmal die Aufgabe und die Pflichten eines Zustellungsempfängers, dem die Mitteilung über die beabsichtigte Zurruesetzung

1) ^{m. BBR 68, 43 (44)} BVwG vom 16.8.1967, S. 10; Crisolan-Schwarz Anm. 5a zu § 53 hessBG

2) wie zu 1)

3) wie zu 1)

4) Fischbach DBG 1940, S. 492 ; wie zu 1)

5) Schack Beamtenjahrbuch 1938, 222 (227) Fn 3n. 29/30; so Klüber S. 17 mit der Einschränkung, daß der Pfleger dem Beamten nur die Bezüge erhalten und deshalb Einwendungen erhoben werden; Brand (1937) Anm. 4e zu § 75 DBG

wirksam zugestellt werden kann und der berechtigt ist, die Mitteilungen und Erklärungen des Dienstvorsetzten, des Ermittlungsführers und der Dienstbehörde im Laufe des Verfahrens entgegenzunehmen, § 44 Abs. 1 bis 5 BBG.¹⁾

bb) Recht, Einwendungen zu erheben

Der Pfleger ist darüberhinaus berechtigt, alle Rechte, die im Rahmen des Zwangspensionierungsverfahrens dem Beamten zugewiesen sind, wahrzunehmen, insbesondere das Recht, Einwendungen gegen die Zurruhesetzung zu erheben, zu allen Beweiserhebungen geladen zu werden, selbst Beweisanträge zu stellen und zu den Ermittlungsergebnissen gehört zu werden.²⁾

Der Pfleger hat zwar das Recht, die Verfahrenshandlungen nach § 44 BBG vorzunehmen, er ist jedoch nur soweit verpflichtet, von den ihm eingeräumten Rechten Gebrauch zu machen, wie er nach seinem Entschluß und nach seiner Beurteilung für zweckmäßig hält. Er ist nicht verpflichtet, diejenigen Einwendungen, die der Beamte ihm gegenüber äußert, in das Verfahren einzuführen. Er entscheidet selbständig, welche Einwendungen zweckmäßig sind und den sachgemäßen Interessen des Beamten entsprechen.³⁾ Seine Einwendungen können von denen des Beamten abweichen.⁴⁾ Er ist jedoch verpflichtet, alle Einwendungen zu erheben und Verfahrensrechte wahrzunehmen, die den Interessen des Beamten dienen und diese fördern.⁵⁾

1) Hefele-Schmidt Anm. 5 zu Art. 58 BayBG; Schütz-Ulland Anm. 4 zu § 47 nwbG; Klüber ZBR 1932, 13 (17)

2) Vgl. S. 53 der Arbeit

3) Die Ermächtigung wie auch die Prozeßstandschaft, die keine Stellvertretung sind (Soergel-Schultze Anm. 31 vor § 164 BGB), erteilen die Befugnis, im eigenen Namen auf einen fremden Rechtskreis durch rechtsgeschäftliche Willenserklärungen einzuwirken oder über ein bestimmtes Recht zu verfügen (RGRK Anm. 24 vor § 164 BGB).

4) OLG Hamm OLG 1968, 239 (240)

5) Schack Beamtenjahrbuch 1938, 222 (227); Klüber ZBR 1932, 13 (17); Müller-Freienfels S. 365: Der 'gesetzliche Vertreter' ist zum Schutze des Vertretenen da, jedoch nicht zur Wahrnehmung dessen selbstständiger Interessen; er hat eine sozialrechtliche Aufgabe.

Dabei hat der Pfleger formale Fehler und Versäumnisse im Verfahren aufzudecken und zu beanstanden, sei es auch, daß er dadurch letzten Endes nur zeitweise eine Sachentscheidung hinauszögert. Denn das Zwangspensionierungsverfahren sieht nun einmal sein Ziel darin, daß die Beachtung formaler Vorschriften eine fehlerhafte Entscheidung vermieden werden kann. Verstöße gegen die im Zwangspensionierungsverfahren aufgestellten Formvorschriften lassen gerade die Annahme rechtfertigen, daß die Sachentscheidung, zwar unter Umständen schwer nachweisbar, fehlerhaft oder zumindestens nicht unter allen Gesichtspunkten sorgfältig getroffen worden ist. Demnach dient der Pfleger den wohlverstandenen Interessen des Beamten, wenn er Verstöße gegen Verfahrensvorschriften beanstandet und eine Sachentscheidung, die unter Verfahrensverstößen vorbereitet wurde, verhindert.

Der Auffassung des Kammergerichts¹⁾ kann demnach nicht gefolgt werden, wenn es die Förderung des wohlverstandenen Interesses des Beamten in dem Fall verneint, in dem formale Fehler und Versäumnisse beanstandet werden und so die Aufhebung der Sachentscheidung, die eventuell unter Verfahrensverstößen getroffen worden ist, herbeizuführen beabsichtigt.

Es ist vielmehr der Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts zu folgen, daß nämlich Form- und Verfahrensvorschriften im Zwangspensionierungsverfahren zu beachten sind und Versäumnisse im Widerspruchsverfahren nicht nachgeholt und Fehler später nicht geheilt werden können, andernfalls das Ermittlungsverfahren als eine bloße Formsache behandelt wird und die Schutzfunktion in diesem Verfahren nicht gewährleistet werden kann²⁾. Wenn also Verfahrensfehler zur Aufhebung einer Sachentscheidung führen

1) KG 1 W 2065/64 vom 18.2.1965, S.10/11

2) BVwG VI C 35/62 vom 28.8.1964, S.10/11, DÖD 65, 111
vgl. Seite 70 der Arbeit (113)

und der Pfleger diese Fehler nicht beanstanden würde, so wäre darin eine Verletzung seiner Pflichten zu sehen, denn er würde es unterlassen, die Schutzgarantien des Zwangspensionierungsverfahrens auch dem Beamten, der als Beteiligter am Verfahren nicht teilnehmen kann, gegenüber zu erhalten und zugute kommen zu lassen.¹⁾

cc) Kein Recht des Pflegers, die Zurruesetzung des Beamten zu beantragen

aaa) Es ist streitig, ob der Pfleger berechtigt ist, die Zurruesetzung des Beamten gegen dessen Willen zu beantragen, so daß nach § 43 BBG über die Zurruesetzung des Beamten entschieden wird.

Wittland²⁾, Schack³⁾, Schulze⁴⁾ und Fischbach⁵⁾ sind der Ansicht, daß der Pfleger berechtigt sei, die Interessen des Beamten wahrzunehmen. Diese Berechtigung umfasse jedoch nicht das Recht, die Zurruesetzung des Beamten gegen dessen Willen zu beantragen.

Überwiegend wird jedoch in der Literatur die Auffassung vertreten, daß der Pfleger nicht verpflichtet sei, Einwendungen gegen die beabsichtigte Versetzung in den Ruhestand zu erheben, und das Schweigen des Pflegers dahin zu werten sei, als habe sich dieser mit der Zurruesetzung des Beamten einverstanden erklärt⁶⁾. Darüberhinaus habe er auch das Recht, sich gegenüber dem Dienstherrn des Beamten ausdrücklich mit der Zurruesetzung des Beamten nach § 43 BBG einverstanden zu erklären.

1) Das Kammergericht hat dies als unsachgemäße Wahrnehmung seiner Rechte durch den Beamten selbst betrachtet und deshalb eine Pflégenschaftsanordnung in einem solchen Fall nicht für ausgeschlossen gehalten

2) Nadler - Wittland Anm. 7 zu § 75 DBG (1938)

3) Schack Beamtenjahrbuch 1938, 222 (227) FuBn. 27 ;
so auch Klüber ZBR 1932, 13 (17, FuBn. 18); Behnke
Anm. III zu § 15 RDStO

dd) Stellungnahme

Der Pfleger ist nicht verpflichtet, Einwendungen gegen die beabsichtigte Zurruhesetzung des Beamten zu erheben. Denn in § 44 Abs. 2 BBG wird gerade in dem Fall, in dem der Pfleger keine Einwendungen erhebt, die Dienstbehörde als berechtigt angesehen, den Beamten ohne Einleitung eines Ermittlungsverfahrens in den Ruhestand zu versetzen. Diesem Recht des Pflegers nach § 44 Abs. 2 BBG entspricht jedoch nicht die Berechtigung, die Zurruhesetzung des Beamten gemäß § 43 BBG zu beantragen.

In einem solchen Fall entscheidet die Dienstbehörde nicht nach § 44 Abs. 2 BBG, sondern nach § 43 BBG über die Versetzung des Beamten in den Ruhestand. In beiden Fällen, sowohl nach § 44 Abs. 2 als auch nach § 43 BBG, ist die Dienstbehörde nur dann berechtigt, die Zurruhesetzung des Beamten auszusprechen, wenn die Dienstunfähigkeit des Beamten festgestellt worden ist, so daß zwischen beiden Entscheidungen zwar insoweit kein wesentlicher Unterschied besteht.

Ein erheblicher Unterschied erweist sich jedoch in anderer Richtung zwischen einer Entscheidung nach § 44 Abs. 2 und § 43 BBG aus folgender Überlegung:

Der Beamte, der gegen die Mitteilung über die beabsichtigte Zurruhesetzung keine Einwendungen erhebt und von der Dienstbehörde in den Ruhestand versetzt worden ist, kann gegen diese Entscheidung

-
- 4) zu Seite 107: Schulze Anm. 3 zu § 62 RBG
 - 5) Fischbach Anm. II zu § 75 DBG
 - 6) Schütz-Ulland Anm. 5 zu § 47 nwbG Schmidt-Ehrenthal Anm. 8 zu § 53 ndsBG; Fischbach Anm. II zu § 44 BBG (1964); Brand Anm. 5 zu § 75 DBG; Lindgen DÖD 1964, 161 (165) und Schütz Anm. 4 zu § 19 BDO verneinen dieses Recht des Pflegers im Disziplverfahren.

der Dienstbehörde Widerspruch und Klage erheben¹⁾.

Dies trifft auch für denjenigen Beamten zu, der im Zwangspensionierungsverfahren durch einen Pfleger vertreten wurde.

Denn ein Beamter mag im Zwangspensionierungsverfahren zur Wahrnehmung seiner Rechte nicht in der Lage sein; die Prozeßunfähigkeit im Widerspruchs- und Klageverfahren wird dadurch nicht unmittelbar berührt. Die Gründe, die im Verfahren nach § 44 BBG die PflEGschaftsordnung rechtfertigten, haben für die Beantwortung der Frage, inwieweit sich die Unfähigkeit, die Rechte in dem Verfahren nach § 44 BBG wahrzunehmen, auch im gerichtlichen Verfahren erweist, nicht dasselbe Gewicht²⁾. Auch der vom Amtsgericht bestellte Sachverständige hat sich nur zu der Frage zu äußern, ob der Beamte zur Wahrnehmung seiner Rechte in dem Verfahren nach § 44 BBG in der Lage ist. Die Prozeßunfähigkeit nach der Verwaltungsgerichtsordnung ist an die Geschäftsunfähigkeit des Beamten im Verwaltungsstreitverfahren geknüpft, § 62 VwGO. Es besteht demnach die Möglichkeit, daß der Beamte zwar im Zwangspensionierungsverfahren nicht als Beteiligter zu handeln in der Lage ist, diese Unfähigkeit im Verwaltungsstreitverfahren jedoch nicht die Prozeßunfähigkeit herbeiführt. Die Prozeßunfähigkeit ist erneut zu prüfen. So hat das Bundesverwaltungsgericht die Bestellung

1) Schütz-Ulland Anm. 9 zu § 47 nwbG; BVwG DÖD 1960, 134 i. Zus. mit dem Tatbestand; danach ist auch kein Klageverzicht im Fall des § 44 Abs. 2 BBG zu sehen, Crisolli-Schwarz Anm. 15 zu § 53 hessBG; das OVG Koblenz (AS 1,94(95/6) sieht in § 44 Abs. 2 BBG bzw. in § 75 Abs. 2 LBGrhpf eine Vorschrift mit Ausschlußwirkung, so daß der Beamte, der keine Einwendungen nach § 44 Abs. 2 BBG erhoben habe, im Klageverfahren nur mit den Einwendungen gehört werden könne, die er im Zwangspensionierungsverfahren nicht habe vorbringen können. Diese Ausschlußwirkung habe nach Sinn und Zweck des Verfahrens seine Berechtigung, da eine beschleunigte Zurruesetzung des Beamten ermöglicht werden soll. Die Auffassung des OVG

eines Pflegers im Zwangspensionierungsverfahren für zulässig gehalten, die Prozeßfähigkeit des Beamten im Verwaltungsstreitverfahren nicht angezweifelt¹⁾. Die Meinung von Schmidt-Ehrenthal²⁾, daß der Pfleger ohne Vollmacht des Beamten Widerspruch und Klage erheben könne, ist abzulehnen³⁾.

Dagegen kann der Beamte, der seine Zurruesetzung im Gegensatz zu § 44 Abs. 2 BBG selbst beantragt und nach § 43 BBG in den Ruhestand versetzt wird, gegen diese Entscheidung der Dienstbehörde **k e i n e** Klage erheben, da seinem Antrag entsprochen worden ist und somit eine Beschwer und das Rechtsschutzbedürfnis entfallen würde. Wenn der Beamte im Laufe des Zwangspensionierungsverfahrens den Antrag gemäß § 43 BBG stellt, so hat er damit auf sein Klagerecht verzichtet und kann die Entscheidung über die Versetzung in den Ruhestand nicht anfechten⁴⁾.

Würde demnach der Pfleger die Zurruesetzung des Beamten nach § 43 BBG beantragen, so würde sich der Beamte in einem anschließenden Widerspruchs- und Klageverfahren gegen die Zurruesetzung die Erklärung des Pflegers als eigene entgegen halten lassen

Koblenz ist abzulehnen, zumal der Beamte, der keine Einwendungen erhebt, nicht die Zeit für ein Ermittlungsverfahren in Anspruch nimmt. Im übrigen ist die Auffassung des OVG Koblenz aus dem Jahre 1952 über Sinn und Zweck des Verfahrens nach § 44 BBG nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts als überholt anzusehen, zumal das Landesbeamtengesetz von Rheinl.-Pfalz dem BBG angeglichen ist, insbesondere der Abs. 2 des heutigen § 58 rhpfBG. Insoweit ist auch die von Leusser-Gerner (Anm. 6 zu Art. 58 BayBG, 1961) ohne Begründung vertretene Auffassung unbeachtlich.

2) zu Seite 109: Meist liegt eine auf das Verfahren beschränkte KG 1 W 2298/66, 24..10.66, S.3) Geschäftsunfähigkeit vor.

1) BVwG VI C 176/61 vom 24.6.1965, S. 4, 2BR 65, 346

2) Schmidt-Ehrenthal Anm. 16/17 zu § 53 ndsBG

3) Schütz-Ulland Anm. 5,5a zu § 47 nwbG und Hildebrandt Anm. 2.6. zu § 47 nwbG nennen nur den Beamten als Klageberechtigten. Vgl. Seite 113 ff der Arbeit

4) OVG Koblenz AS 1,94 (97)100); Schütz-Ulland 5a,5 zu § 47 nwbG, Schütz DÖD 1965, 41(47)

müssen¹⁾, und eine Klage hätte schon aus diesem Grunde keinen Erfolg.

Diese Rechtsstellung des Pflegers im Zwangspensionierungsverfahren entspricht jedoch nicht dem Sinn und Zweck des Verfahrens und auch nicht der Pflegschaft, die allein dazu eingerichtet ist, auch demjenigen Beamten die Schutzgarantien des Zwangspensionierungsverfahrens zugute kommen zu lassen, der wegen seines gesundheitlichen Zustandes die Verfahrensrechte als Beteiligter wahrzunehmen nicht in der Lage ist.

Der durch die Pflegschaft beabsichtigte Schutz des Beamten würde ins Gegenteil verkehrt werden, wenn allein der Pfleger darüber entscheidet, ob die Versetzung des Beamten in den Ruhestand rechtmäßig ist oder nicht, und dem Beamten das Recht genommen werden würde, die Entscheidung der Dienstbehörde in mehreren Instanzen gerichtlich überprüfen zu lassen. Insoweit würde allein dem Pfleger an Stelle der Gerichte die Befugnis eingeräumt werden, über die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit der Zurruhesetzung zu entscheiden. Würde ihm dieses Recht und damit auch die Befugnis, mit Wirkung für und gegen den Beamten auf das Klagerecht des Beamten zu verzichten, zustehen, so wäre der Einwand Gernhubers gerechtfertigt, daß bei Zwangspflegschaften über partiell/geschäftsfähige Pflegebefohlene "der peinliche Eindruck einer bequemen Ausschaltung geistig unbe-

1) In einem anschließenden Widerspruchs- und Klageverfahren kann der Beamte nur soweit von denen des Pflegers abweichende Erklärungen abgeben, als er selbst seine eigenen Erklärungen im Zwangspensionierungsverfahren nachher im Widerspruchsverfahren hätte widerrufen können. Bei widersprechenden ist die zeitlich frühere wirksam, die spätere unwirksam, wenn die Erklärung hätte nicht widerrufen werden können. Im Zwangspensionierungsverfahren sind die Grundsätze entsprechend anzuwenden, die zu § 1910 BGB

weglicher und querulatorisch veranlagter Parteien" hin und wieder entstehe.¹⁾

Im übrigen hält sich der Pfleger, der die Zurruhe-
setzung des Beamten nach § 43 BBG beantragt, nicht
im Rahmen der Befugnisse, die ihm nach den Vorschrif-
ten des § 44 BBG eingeräumt sind.²⁾ Ein Recht des
Pflegers, nach § 43 BBG die Zurruhe-
setzung zu beantragen, ist in § 44 BBG nicht erwähnt. Die Rechte des
Pflegers sind allein auf die in § 44 BBG genannten
Rechte beschränkt. Die Pflegschaft e n d e t mit
dem Abschluß des Ermittlungsverfahrens, und schon die
Entscheidung über die Zurruhe-
setzung ist dem Beamten
und nicht dem Pfleger zuzustellen.³⁾ Der Pfleger, der
die Zurruhe-
setzung des Beamten nach § 43 BBG bean-
tragt, handelt ohne Vertretungsmacht.

Demnach ist der Pfleger zwar berechtigt, gegen
die Zurruhe-
setzung des Beamten keine Einwendungen
zu erheben und so eine Entscheidung nach § 44 Abs. 2
BBG herbeizuführen. Darin ist kein Klageverzicht
oder der Grund für ein fehlendes Rechtsschutzbe-
dürfnis zu sehen. Der Pfleger ist jedoch nicht be-
rechtigt, die Zurruhe-
setzung des Beamten gemäß § 43
BBG zu beantragen.

entwickelt worden sind (BGH FamRZ 1967, 620(624) ;
Gernhuber § 69 II 3; Dölle § 139 IV, 141 V 1a; Riezler
AcP 98, 386ff) . Erklärt der Beamte zu der gleichen
Frage im Zwangspensionierungsverfahren etwas anderes
als der Pfleger, so gelten die Erklärungen des Pfl-
gers auch dann, wenn der Pfleger im Gegensatz zum Be-
amten keine Einwendungen erhebt.
Eine Beschwerde des Beamten (des geschäftsunfähigen
BGH 35, 1 ff mit weiteren Hinweisen) hat keine aufschü-
bende Wirkung, da nur ausnahmsweise in dem Fall, in
dem die Wirksamkeit der Verfügung erst mit der Rechts-
kraft eintritt, ein Suspensiverfekt besteht (Keidel
Anm. 1 zu § 24 FGG).
Die Aufhebung der Pflegschaft hat keine rückwirken-
de Kraft, da gegen sie eine unbefristete Beschwerde
zulässig ist (Jansen Rdn. 32 zu § 18 FGG (1969)). Die Er-
klärungen des Pflegers bleiben trotz Aufhebung der
Pflegschaft wirksam. Wie bei der Pflegschaft nach §
1910 BGB besteht auch hier die Gefahr, daß der Pfl-
eger irreversible Erklärungen abgibt (Dunz JZ 60, 475/7).
1) Gernhuber § 69 VI 2; 2) Lindgen DÖD 64, 161/5 zu
§ 19 BDO; 3) Vgl. Seite 113 ff der Arbeit.

2. Ende der Pflegschaft

Es wird in Literatur und überwiegend in der Rechtsprechung die Auffassung vertreten, daß der Pfleger nur im Zwangspensionierungsverfahren zur Wahrnehmung der Rechte des Beamten berechtigt sei und daß der Pfleger nach Abschluß des Verfahrens gemäß § 44 BBG aus seinem Amt zu entlassen sei.¹⁾

Das Landgericht Berlin²⁾ und Schmidt-Ehrenthal³⁾ sind der Ansicht, daß der Pfleger solange sein Amt auszuüben habe, bis der Zuruhesetzungsbescheid rechtskräftig sei. Ein sich an das Zwangspensionierungsverfahren anschließendes Verwaltungsstreitverfahren gehöre noch zum Zwangspensionierungsverfahren und der Pfleger sei nicht zu entlassen, wenn der Zuruhesetzungsbescheid nicht rechtskräftig und in einem Widerspruchs- und Klageverfahren angefochten werde.

Dieser Ansicht steht die Auffassung der herrschenden Lehre⁴⁾ und Rechtsprechung entgegen. Es ist der hM zu folgen.

Die Richtigkeit der Meinung, daß der Pfleger mit dem Ende des Ermittlungsverfahrens und der Zustellung des Zuruhesetzungsbescheides an den Beamten nach § 44 BBG zu entlassen sei, läßt sich schon allein aus dem Wortlaut des Gesetzes entnehmen. Es fällt nämlich auf, daß im Wortlaut des Gesetzes in § 44 Abs. 1 bis 5 S. 2 BBG neben dem Beamten immer der Pfleger erwähnt wird: "Beamter oder Pfleger", so z. B. in § 44 Abs. 2 "erhebt der Beamte oder Pfleger.... keine Einwendungen....".

1) Sachse-Topka Anm. 10b zu § 56 ndsBG; Plog-Wiedow Anm. 11 zu § 44 BBG; wie zu 4)

2) LG Berlin vom 28.3.1969 81 T 86/69; so auch VG BLN vom 22.3.1968 VG V A 116/67; Klüber ZBR 1932, 1318)

3) Schmidt-Ehrenthal Anm. 16/17 zu § 50 ndsBG

4) Staudinger-Engler Anm. 47 zu § 1910 BGB; Weiss-Kranz

In § 44 Abs.5 S.3 BBG kommt aber zum Ausdruck, daß die Verfügung, die die Zurruesetzung ausspricht, dem Beamten und nicht dem Pfleger zuzustellen ist. Das Merkmal "Beamter oder Pfleger" wird nicht genannt, sondern nur der Beamte wird als Zustellungsempfänger der Verfügung nach § 44 Abs.5 S.3 BBG aufgeführt. Dagegen wird die Verfügung, die die Einstellung des Verfahrens wegen der Dienstfähigkeit des Beamten ausspricht, dem Beamten oder dem Pfleger zugestellt, § 44 Abs.5 S.2 BBG.

Dieser deutliche Unterschied im Wortlaut des Gesetzes ist nicht zu übersehen.

Wenn jedoch die Verfügung über die Versetzung des Beamten in den Ruhestand nicht dem Pfleger, sondern dem Beamten zuzustellen ist¹⁾, so ist damit hinreichend zum Ausdruck gekommen, daß die Entgegennahme der Verfügung über die Zurruesetzung nicht zum Aufgabenbereich des Pflegers gehört. Mit der Zustellung des Bescheides über die Zurruesetzung hat das Zwangspensionierungsverfahren sein Ende gefunden.

Auch durch den Gesetzeswortlaut "zur Wahrnehmung der Rechte in d i e s e m Verfahren", § 44 Abs.1 S.2 BBG, ist deutlich zum Ausdruck gebracht worden, daß die Pflegschaft nach § 44 Abs.1 S.2 BBG zur Vertretung des Beamten eben nur im Verfahren nach § 44 BBG angeordnet wird.

Das Landgericht Berlin verkennt den Begriff 'Zwangspensionierungsverfahren' insoweit, als es von einem rechtskräftigen Abschluß des Verfahrens spricht. Das Verfahren nach § 44 BBG endet mit der Zustellung der Verfügung, die die Zurruesetzung des Beamten

Anm.4 zu Art.58 BayBG; Plog-Wiedow Anm.6 zu § 44 BBG; Maneck-Schirmacher Anm.2 zu § 53 hessBG; Bock halli Anm.1 zu § 47 nwBG; Hefele-Schmidt Anm.5 zu Art.58 BayBG; Schütz-Ulland Anm. 4 zu § 47 nwBG; kraft ausdrücklicher Regelung wird in NRW gemäß § 47 Abs.5 S. 3 nwBG die Verfügung dem Pfleger zugestellt; Schack Beamtenjahrbuch 1938, 222(226); Klüber ZBR 1932, 13(10, 8) BayObLG 57, 349(352); BVwG VI C 7b/64 vom .10.8.1967 S.7; BVwG VI C 17b/61 vom 24.6.1965, S.4 hat im Rubrum den Pfleger des Beamten nicht als dessen Vertreter

oder die Einstellung des Verfahrens zum Inhalt hat. Insoweit kann von einer Rechtskraft in diesem Verfahren nicht gesprochen werden. Es kann allenfalls der Bescheid über die Zurruesetzung unanfechtbar werden. Die Unanfechtbarkeit der Verfügung über die Zurruesetzung hat jedoch nichts mit dem Abschluß des Zwangspensionierungsverfahrens zutun.

Das Zwangspensionierungsverfahren ist allén das Verfahren nach § 44 BBG und nicht etwa auch das Widerspruchs- oder das Verwaltungsstreitverfahren. Diese Verfahren richten sich ausschließlich nach den Vorschriften der Verwaltungsgerichtsordnung und können nicht Teile eines Verfahrens sein, das sich einmal nach der Verwaltungsgerichtsordnung und zum ändern nach der Vorschrift des § 44 BBG richten soll.

Das Zwangspensionierungsverfahren, das nur durch die Vorschrift § 44 BBG bestimmt wird und als besonderes Verwaltungsverfahren zur Vorbereitung einer Verwaltungsentscheidung anzusehen ist, endet mit der Zustellung der getroffenen Verwaltungsentscheidung. An die Verfügung über die Zurruesetzung kann sich allenfalls ein Widerspruchsverfahren anschließen, das nicht nach § 44 BBG durchgeführt wird, sondern nach den Vorschriften §§ 68 VwGO. Widerspruchsverfahren und Zwangspensionierungsverfahren als besondere Verwaltungsverfahren sind deutlich durch die Vorschriften §§ 68 VwGO und § 44 BBG von einander getrennt und als zwei selbständige Verfahren anzusehen.

Mit der Zustellung der Verfügung über die Zurruesetzung hat die Aufgabe des Pflegers, die Rechte des Beamten im Zwangspensionierungsverfahren wahrzunehmen, seine Erledigung gefunden. In entsprechender Anwendung des Grundsatzes des § 1918 Abs. 3 BGB, wonach eine Pflegschaft zur Besorgung einzelnen Ange-

aufgeführt, sondern den Beamten, obgleich im Zwangspensionierungsverfahren für den Beamten ein Pfleger bestellt war; OLG Hamm OLG 1968, 239(240);

1) zu Seite 114: Schütz-Ulland Anm. 4 zu § 47 nwbG; OLG Hamm OLG 1968, 239(240); vgl. S. 117 d. Arbeit

legenheiten mit deren Erledigung endet, ist die Pflegerschaft im Zwangspensionierungsverfahren mit der Zustellung der Verfügung über die Versetzung des Beamten in den Ruhestand oder die Einstellung des Verfahrens als beendet anzusehen.

III Die Rechtsstellung des Beamten

1. Die Unwirksamkeit der Erklärungen des Beamten und der an ihn gerichteten Zustellungen

Da der Pfleger kraft ausdrücklicher gesetzlicher Regelung gesetzlicher Vertreter des Beamten ist, hat der Pfleger das Recht, unabhängig von den Weisungen des Beamten und allein im Rahmen seines gesetzlich bestimmten Wirkungskreises die Rechte des Beamten in dem Verfahren nach § 44 BBG wahrzunehmen.¹⁾ Seine rechtliche Stellung als Vertreter des Beamten schränkt die rechtliche Stellung des Beamten soweit ein, als der Pfleger befugt ist, mit Wirkung für und gegen den Beamten rechtsgeschäftliche Erklärungen abzugeben.

Im Zwangspensionierungsverfahren tritt der Pfleger als Verfahrensbeteiligter an die Stelle des Beamten, so daß der Beamte als ^Peteiliger keine wirksamen Verfahrenshandlungen vornehmen kann.²⁾ Seine rechtsgeschäftlichen Erklärungen in diesem Verfahren sind unwirksam und deshalb als unbeachtlich anzusehen.³⁾ Maßgebend sind allein die Erklärungen des Pflegers.⁴⁾ Nur er kann wirksame Verfahrenshandlungen vornehmen.⁵⁾ Der Beamte ist im Zwangspensionierungsverfahren prozeßunfähig.⁶⁾

1) BayObLG 57, 349 (352)

2) Weiss-Kranz Anm. 4 zu Art. 5^c BayBG

3) Schütz-Ulland Anm. 4 zu § 47 nWBG

4) wie zu 2), vgl. Müller-Freienfels S. 341, 342, 344

5) Wittland Anm. 7 zu § 75 DBG (1938)

6) OLG Hamm OLG 68, 239 (240); Weiss-Kranz wie zu 2);
KG NJW 1961, 2166 (2167) für § 19 BDO

Da der Beamte im Zwangspensionierungsverfahren prozeßunfähig ist und von seinem Pfleger als seinem gesetzlichen Vertreter in diesem Verfahren vertreten wird, sind auch alle Zustellungen, die an den Beamten gerichtet sind, unwirksam¹⁾.

Streitig ist jedoch, ob die Entscheidung über die Zuruhesetzung an den Beamten oder den Pfleger zuzustellen ist. Überwiegend wird in Rechtsprechung und Literatur die Auffassung vertreten, daß der Bescheid über die Zuruhesetzung gemäß § 44 Abs. 5 S. 3 BBG dem Beamten zuzustellen sei.²⁾

Dagegen meinen Fischbach³⁾, Bochalli⁴⁾ und Schmidt-Ehrenthal⁵⁾, daß die Entscheidung über die Zuruhesetzung dem Pfleger zuzustellen sei.

Es ist der h.M. zu folgen. Die entgegengesetzte Auffassung berücksichtigt nicht, daß das Gesetz zwar in den Absätzen 1 bis 5 S. 2 der Vorschrift § 44 BBG sowohl den Pfleger als auch den Beamten als Verfahrensbeteiligten nennt, im Abs. 5 S. 3 des § 44 BBG jedoch nur noch den Beamten als Zustellungsempfänger der Entscheidung über die Versetzung des Beamten in den Ruhestand aufführt.

Die Zustellung der Entscheidung nach § 44 Abs. 5 S. 3 BBG an den Beamten findet auch darin seine Berechtigung, daß allein der Beamte und nicht der Pfleger als berechtigt angesehen wird, gegen die Versetzung in den Ruhestand Widerspruch und Klage zu erheben.⁶⁾ Es wäre unzweckmäßig, dem Beamten erst

- 1) Brand Anm. 4 zu § 75 DBG; OLG Hamm OLG 1968, 239/240
2) OLG Hamm OLG 68, 239(240); Schütz-Ulland Anm. 4 zu § 47 nwbG; Weiss-Kranz Anm. 9 zu Art. 58 BayBG; Plog-Wiedow Rdn. 12 zu § 44 BBG;
3) Fischbach Anm. V zu § 44 BBG (1964) 4) Bochalli Anm. 4 zu § 47 nwbG; 5) Schmidt-Ehrenthal Anm. 11 zu § 56 nwbG; so auch Hefele-Schmidt Anm. 10 zu Art. 58 BayBG; 6) Vgl. Seiten 111 f. der Arbeit

über den Pfleger die Entscheidung über seine Zurruesetzung mitzuteilen, da der Beamte als Widerspruchsberechtigter von dem Beginn der Widerspruchsfrist Kenntnis erhalten muß.

2. Die Anwendbarkeit des § 53 ZPO im Zwangspensionierungsverfahren

Gemäß § 62 Abs. 3 VwGO ist die Vorschrift § 53 ZPO auf das Verwaltungsstreitverfahren entsprechend anzuwenden, so daß ein Pflegebefohlener gemäß § 53 ZPO in einem Verfahren als geschäfts- und prozeßfähig anzusehen ist, solange der Pfleger in das Verfahren nicht eintritt und die Führung des Verfahrens dem Pflegebefohlenen ¹⁾ überläßt.

Die Anwendung dieses Grundsatzes könnte im Zwangspensionierungsverfahren von Bedeutung sein, wenn der Pfleger selbst keine Einwendungen gegen die beabsichtigte Zurruesetzung erhebt, § 44 BBG ²⁾ und der Beamte das Verfahren betreibt.

1) Wieczorek Anm. BI zu § 53 ZPO

2) Der Pfleger tritt nicht schon dann nach § 53 ZPO in ein Verfahren ein, wenn die Zustellungen an ihn gerichtet werden. Erst wenn der Pfleger selbst aktiv am Verfahren teilnimmt, wird der Pflegebefohlene durch seinen Pfleger in einem Verfahren nach § 53 ZPO vertreten und der Pfleger tritt erst in diesem Fall in das Verfahren ein. Das Gericht kann z.B. nicht dadurch, daß es die Zustellungen von sich aus an den Pfleger richtet, den Pfleger gemäß § 53 ZPO in das Verfahren miteinbeziehen und den Pflegebefohlenen insoweit prozeßunfähig stellen, da

Es ist jedoch zweifelhaft, ob § 53 ZPO auch anzuwenden ist auf eine Pflegschaft, die nach beamtenrechtlichen Vorschriften angeordnet wurde.

Die Pflegschaft nach den beamtenrechtlichen Vorschriften ist keine bürgerlich-rechtliche, sondern eine öffentlich-rechtliche Pflegschaft. Dies wird in Rechtsprechung und Schrifttum nicht bestritten; jedenfalls wird das Gegenteil nicht behauptet, insbesondere nicht von den Stimmen in der Literatur, die die materiellen Voraussetzungen der Pflegschaft nach § 44 Abs. 1 S. 2 BBG in § 1910 BGB sehen.

In Rechtsprechung und Schrifttum ist es jedoch bestritten, ob § 53 ZPO nur auf Pflegschaften des bürgerlichen Rechts oder auf öffentlich-rechtliche Pflegschaften anzuwenden

Fußnote 2) zu S. 118

erst mit der Erklärung, er zeige seine Bestellung als Vertreter des Pflegebefohlenen an, der Pfleger in das Verfahren eingetreten und der Pflegebefohlene nunmehr erst als prozeßunfähig anzusehen ist. Die Vorschrift § 53 ZPO ist in Beziehung zu den Pflegschaften des bürgerlichen Gesetzbuches zu sehen. Die Pflegschaften nach §§ 1909 ff. BGB und § 53 ZPO setzen nicht die Geschäfts- und Prozeßunfähigkeit des Pflegebefohlenen voraus. Der Pflegebefohlene wird nur in dem Verfahren, in dem er durch seinen Pfleger vertreten wird, als prozeßunfähig angesehen. Seine Prozeß- und Geschäftsunfähigkeit wird nur fingiert, tatsächlich ist es der Pflegebefohlene nicht. Seine Prozeßunfähigkeit erlischt, wenn der Pflegebefohlene sogleich dadurch wieder, daß er die Aufhebung der Pflegschaft beim Amtsgericht beantragt und der Pfleger in diesem Fall aus seinem Amt entlassen werden muß.

ist. In den Kommentaren zu § 53 ZPO werden alle Pflegschaften aufgeführt, die von § 53 ZPO betroffen werden. Die Pflegschaft nach den beamtenrechtlichen Vorschriften wird nicht erwähnt.¹⁾ Das Verwaltungsgericht Berlin ist der Meinung, daß § 53 ZPO auf die Pflegschaft nach § 44 BBG Anwendung finde²⁾.

Es ist der Auffassung Wieczoreks zu folgen. § 53 ZPO setzt gerade voraus, daß der Pflegebefohlene ohne Beteiligung eines Pflegers prozeßfähig ist und als Verfahrensbeteiligter wirksame Verfahrenshandlungen vornehmen kann. Im Zwangspensionsverfahren wird jedoch mit der Bestellung des Pflegers der Beamte prozeßunfähig und nicht erst in dem Fall, in dem der Pfleger auch tatsächlich am Verfahren aktiv teilnimmt und in das Verfahren eintritt. Die Zustellung der Mitteilung über die beabsichtigte Versetzung in den Ruhestand ist unwirksam, wenn sie an den Beamten gerichtet ist. Dies ist in Rechtsprechung und Literatur unstreitig³⁾.

Gemäß § 53 ZPO sind jedoch die Zustellungen an den Pflegebefohlenen wirksam, solange der Pfleger seinem Pflegebefohlenen das Verfahren überläßt und am Verfahren als Beteiligter keine Verfahrenshandlungen vornimmt.

Darin zeigt sich deutlich ein Unterschied zwischen beiden Pflegschaften nach §§ 1909 ff BGB und nach § 44 BBG. Dieser Unterschied führt dazu, daß § 53 ZPO auf eine Pflegschaft im Zwangspensionsverfahren nicht anwendbar ist, sondern nur Pflegschaften des Bürgerlichen Gesetzbuches erfaßt.

1) Wieczorek Anm. AII zu § 53 ZPO; Stein-Jonas Anm. I zu § 53 ZPO; Baumbach Lauterbach Anm. 2 zu § 53

2) VG V A 116/67 vom 22.3.1968

ZPO;

3) Vgl. Seite 67, Nr. 1 der Arbeit

D Stellungnahme

I § 44 BBG als materielle Vorschrift für eine Pflegschaft im Zwangspensionierungsverfahren

Die Auffassung des Kammergerichts und des BayObLG's zum § 62 RBG vom 5.3.1909 bzw. vom 2.10.1929¹⁾ und die von einem Teil der Lehre²⁾ vertretene Ansicht, daß § 1910 Abs.1 und 2 BGB als materielle Vorschrift die Voraussetzungen einer Pflegschaftsanordnung im Zwangspensionierungsverfahren nennt, ist abzulehnen.

Es ist der hM in Rechtsprechung und Schrifttum zu folgen, die in § 44 BBG bzw. in den entsprechenden Vorschriften der Landesbeamtenengesetze die materiellen Voraussetzungen sehen, nach ~~denen~~ eine Pflegschaft im Zwangspensionierungsverfahren anzuordnen ist, und eine entsprechende Anwendung der §§1909 ff BGB³⁾ ablehnen.

1) Vgl. S.89 der Arbeit

2) Vgl. S.90 der Arbeit

3) Das Wesen und der Zweck der Pflegschaften nach §§ 1909 ff BGB bestehen in der Fürsorge für schutzbedürftige Personen (Gernhuber §69III1; Scheffler RGRK Anm.1 vor §1909; Kipp-Wolff Anm.I vor §128; Beitzke Anm.I vor §40). Der Wirkungskreis der Pflegschaft wird durch das Gesetz konstitutiv vorgeschrieben. Umfang der Vertretungsmacht ergibt sich aus der Bestellung oder aus der Natur der ihm übertragenen Aufgaben (Staudinger-Engler Anm.3 vor § 1909 BGB).

In § 1910 Abs.2 BGB wird der Begriff 'geistige oder körperliche Gebrechen' genannt. In Rechtsprechung und Lehre (Dölle §141III1, Staudinger-Engler Anm.2 zu §1210BGB mit weiteren Hinweisen) wird unter dem Begriff 'körperliche oder geistige Gebrechen' eine dauernde Schwäche der geistigen oder körperlichen Kräfte, die eine Störung der Gesundheit verursachen, verstanden. Als Beispiele werden Altersleiden, hochgradige Kurzsichtigkeit oder Schwerhörigkeit genannt (Scheffler RGRK Anm.2 zu § 1910 BGB). Die geistl

§ 44 Abs.1 S.2 2.HS bestimmt ausdrücklich, daß die Verfahrensvorschriften, die das Verfahren bei einer Gebrechlichkeitspflegschaft regeln, entsprechend gelten. § 191o BGB wird in § 44 Abs.1 BBG nicht als materielle Vorschrift genannt.¹⁾ Dies scheinen Hildebrandt, Maneck-Schirmacher und Schmidt-Ehrenthal u.a. zu übersehen²⁾.

gen Gebrechen im Sinne § 191o Abs.2 BGB umfassen alle leichteren Fälle geistiger Defekte (Staudinger-Engler Anm.4 zu § 6 BGB), wie auch Geisteskrankheit. Der Begriff 'Schwäche der geistigen Kräfte' wird in § 42 Abs.1 BBG genannt. Er ist dort mit dem Begriff 'Dienstunfähigkeit' bzw. 'konkretes Amt' im Zusammenhang auszulegen. Er ist kein medizinischer Begriff, sondern ein juristischer. Während die Schwäche der körperlichen oder geistigen Kräfte im Sinne § 42 BBG aufgrund der Leistungsfähigkeit des Beamten in seinem dienstlichen Amt beurteilt wird, ist in § 191o Abs.2 BGB der Begriff 'körperliche oder geistige Gebrechen' an der Fähigkeit des Gebrechlichen festzustellen, wie weit er trotz seines Gebrechens die Angelegenheiten seines Lebensbereiches unter Umständen durch einen zu überwachenden Vertreter zu besorgen vermag. Ein geistiges oder körperliches Gebrechen im Sinne § 191o Abs.2 BGB liegt schon dann vor, wenn es den Gebrechlichen daran hindert, bestimmte Einzelheiten aus seinem gesamten Lebensbereich zu regeln. Einzelne Angelegenheiten werden schon dann nicht besorgt, wenn sie in verkehrter Weise oder nur unter erheblicher Erschwerung von dem Gebrechlichen erledigt werden (Dölle § 141 II 2; Staudinger-Engler Anm.3 zu § 191o BGB). Ist der Gebrechliche nicht in der Lage, seine Angelegenheiten durch einen Vertreter, den er zu überwachen fähig ist, besorgen zu lassen, so bedarf er einer Fürsorge und Hilfe, damit seine Angelegenheiten erledigt werden. In § 42 Abs.1 BBG wird an den Tatbestand 'Nichterfüllung der dienstlichen Pflichten wegen Schwäche der körperlichen oder geistigen Kräfte' das Recht des Dienstherrn auf Zuruhesetzung des Beamten geknüpft. In § 191o Abs.2 BGB wird dagegen an die Nichterledigung einzelner Angelegenheiten wegen Schwäche der geistigen oder körperlichen Kräfte als Rechtsfolge die Berechtigung des Gerichts ausgesprochen, die unerledigten Angelegenheiten eines Gebrechlichen durch einen dazu bestellten Pfleger ordnen zu lassen. Im Zusammenhang mit dieser Rechtsfolge ist bei einer Pflegschaft nach § 191o BGB das Fürsorgebedürfnis zu sehen. Die Pflegschaft nach § 191o BGB kann nicht aus -

Aus der Tatsache, daß n u r die verfahrensrechtlichen Vorschriften des Gesetzes für Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit im 2.HS des Satzes 2 des § 44 Abs.1 BBG erwähnt werden, ist zu erkennen, daß § 191o BGB als materielle Bestimmung nicht für entsprechend anwendbar erklärt ist.

Die Annahme, daß der Gesetzgeber es bewußt unterlassen habe, § 191o BGB als materielle Voraussetzung für die Anordnung einer Pflegschaft im Zwangspensionierungsverfahren zu bestimmen, ist zwingend. Es ist kein Grund ersichtlich, der den Schluß zuläßt, § 191o BGB sei versehentlich nicht als materielle Vorschrift in § 44 Abs.1 BBG genannt. Auch ist nicht ersichtlich, daß etwa als selbstverständlich anzusehen sei, die in § 191o BGB genannten Tatbestandsmerkmale seien auch für eine Pflegschaft im Zwangspensionierungsverfahren maßgebend.

Daß diese Auslegung des § 44 Abs.1 zutrifft, wird dadurch bestätigt, daß die materiellen Voraussetzungen, nach der eine Pflegschaftsanordnung im Zwangspensionierungsverfahren gerechtfertigt ist, in § 44 Abs.1 BBG selbst genannt werden, und zwar in Absatz 1 Satz 2 1.HS mit dem Tatbestandsmerkmal' zur Wahrnehmung seiner Rechte in diesem Verfahren nicht in der Lage'. Hätte der Gesetzgeber die Vorschrift § 191o BGB als materielle Voraussetzung für eine Pflegschaft im Zwangspensio-

schließlich im Interesse Dritter angeordnet werden. Ein Fürsorgebedürfnis und ein Interesse des Gebrechlichen an eine Pflegschaftsanordnung ist jedoch schon zu bejahen, ^{wenn} Ansprüche Dritter gegen den Gebrechlichen erst durch die Bestellung eines Pflegers erfüllt werden können und die Erfüllung der Ansprüche auch im Interesse des Gebrechlichen liegt. Im Interesse des Gebrechlichen wird (nach hM BGHZ 35, 1 (5) mit weiteren Hinweisen) dann gehandelt, wenn durch Bestellung eines Pflegers die Entmündigung des Gebrechlichen vermieden werden kann. Aus diesem Grund kann ein Fürsorgebedürfnis gegeben sein, wenn eine Scheidungsklage gegen einen geistig Gebrechlichen Ehegatten durch Bestellung eines Pflegers durchgeführt werden kann (Dölle 141113; Gernhuber § 69115; Staudinger -Engler Anm. 8/9).

1) zu §. 122 : Vgl. OLG Hamm OLG 68, 233 (40); OLG L. S. 10

nierungsverfahren aufgefaßt, so hätte er in § 44 BBG nicht ausdrücklich und allein die verfahrensrechtlichen Bestimmungen der Freiwilligen Gerichtsbarkeit für entsprechend anwendbar erklärt, sondern die Gebrechlichkeitspflegschaft nach § 1910 BGB auch als materielle Vorschrift ausdrücklich genannt und einfachheitshalber an Stelle des § 44 Abs. 1 Satz 2 2.HS den Wortlaut des Satzes 2 1.HS mit "... so bestellt das Amtsgericht.... einen Gebrechlichkeitspfleger nach § 1910 BGB als gesetzlichen Vertreter in diesem Verfahren..." bestimmt.

Da dies nicht geschehen ist, ist § 1910 BGB nicht als materielle Vorschrift im § 44 Abs. 1 S. 2 2.HS anzusehen. Vielmehr nennt § 44 Abs. 1 S. 2 2.HS BBG als öffentlich-rechtliche Vorschrift die materiellen Voraussetzungen einer Pflegschaftsanordnung im Zwangspensionierungsverfahren.

Die Auffassung des Kammergerichts in seiner Entscheidung vom 5.3.1909 und des BayObLG's vom 2.10.1929¹⁾, daß im Zwangspensionierungsverfahren ein Pfleger nach § 1910 BGB bestellt werden könne, mag zwar im Hinblick auf § 62 RBG und § 75 DBG richtig sein, da diese Vorschriften selbst keine materiellen Voraussetzungen für eine Pflegschaftsanordnung nannten. Sie läßt sich jedoch nach Inkrafttreten des geänderten Beamtengesetzes des Bundes und der Länder im Jahre 1957 nicht mehr aufrechterhalten. § 44 Abs. 1 BBG ist seit dem 18.9.57 nicht mehr geändert worden und nennt schon in dieser Fassung im Gegensatz zu § 75 DBG die materiellen Voraussetzungen, nach der eine Pflegschaft im Zwangspensionierungsverfahren anzuordnen ist. Der Antrag des Dienstvorgesetzten ist nicht mehr in sein freies Ermessen gestellt, sondern ist zwingend vorgeschrieben in dem Fall, in dem der Beamte zur Wahrnehmung seiner Rechte nicht in der Lage ist.

1) Vgl. Seite 89/90 der Arbeit

Die Tatbestandsmerkmale ' zur Wahrnehmung seiner Rechte in diesem Verfahren nicht in der Lage sein ' haben ihre selbständige Bedeutung, und sie sind in § 44 Abs.1 BBG nicht als Verweisung auf § 1910 BGB anzusehen, sondern sind unter Berücksichtigung des Sinns und Zwecks des Zwangspensionierungsverfahrens , des Fürsorgebedürfnisses und des Wirkungskreises der öffentlich-rechtlichen Pflegschaft nach § 44 BBG auszulegen.

II Einwilligung in die Pflegschaftsanordnung

Da § 44 Abs.1 S.2 BBG die materiellen Voraussetzungen nennt, nach denen im Zwangspensionierungsverfahren ein Pfleger bestellt wird, und § 1910 BGB nicht als materielle Vorschrift für anwendbar erklärt, ist die Einwilligung des Beamten in die Pflegschaftsanordnung nicht erforderlich, wie sie nämlich bei der Anordnung einer Gebrechlichkeitspflegschaft nach § 1910 Abs.3 BGB notwendig ist. Die Pflegschaft nach § 44 Abs.1 BBG kann auch gegen den Willen des Beamten angeordnet werden. Die Einwilligung in eine Pflegerbestellung ist, wie auch die Mitwirkung bei Erlass eines Verwaltungsaktes , nur dann erforderlich, wenn das Gesetz die Zustimmung des Pflegebefohlenen bzw. die Mitwirkung eines Dritten als Voraussetzung für eine Pflegschaftsanordnung oder eine Verwaltungsmaßnahme ausdrücklich erwähnt. In § 44 BBG ist das Erfordernis einer Einwilligung des Beamten in die Pflegschaftsanordnung nicht genannt.

Es ist im übrigen nicht zu erwarten, daß ein Beamter, der seiner Zurruesetzung widerspricht, darin einwilligen wird, daß ein Pfleger seine Rechte für ihn wahrnehmen wird und er selbst dann auf das Ver-

fahren keinen Einfluß nehmen kann. Das Erfordernis einer Einwilligung würde dem Sinn und Zweck eines Zwangspensionierungsverfahrens widersprechen. Die Pflegschaft im Zwangspensionierungsverfahren soll die Versetzung eines dienstunfähigen Beamten in den Ruhestand auch dann ermöglichen, wenn der Beamte seiner Zurruhesetzung widerspricht und er zur Wahrnehmung seiner Verfahrensrechte nicht in der Lage ist.¹⁾ Eine Pflegschaft, die nur mit der Einwilligung des Beamten angeordnet werden kann, würde wie in § 1910 I, II BGB dem Pleger nur insoweit einen Wirkungskreis einräumen können, als er den Pflegebefohlenen noch selbst bei der Besorgung seiner Angelegenheiten mitwirken läßt und der Pflegebefohlene nur der Hilfe und der Unterstützung bedarf. Das Fürsorgerecht eines Pflegers, der nach § 1910 I, II BGB den Beamten nur mit dessen Einwilligung und nur in dessen eigenen Bemühungen unterstützt, reicht nicht aus, um denjenigen Beamten im Zwangspensionierungsverfahren zu vertreten, der zur Wahrnehmung seiner Rechte selbst nicht ³⁾ mehr beitragen kann und gegen den, ohne daß die Rechte des Beamten ausschließlich durch den Pfleger wahrgenommen werden, das Zwangspensionierungsverfahren nicht durchgeführt werden kann.

Insoweit unterscheiden sich auch die rechtlichen Befugnisse eines Pflegers nach § 44 Abs. 1 BBG von denen des Gebrechlichkeitspflegers nach § 1910 II BGB. Der Pfleger nach § 44 BBG kann im Zwangspensionierungsverfahren verbindliche Erklärungen, die von denen des Beamten abweichen, mit Wirkung für und gegen den Beamten abgeben. Die Erklärungen des Beamten sind unwirksam. Dies ist nicht so bei einer Pflegschaft nach § 1910 II BGB. Auch ist die rechtliche Stellung des Pflegers nach § 44 BBG nicht mit derjenigen des Pflegers im gerichtlichen Verfahren nach § 53 ZPO vergleichbar, wie Hitzelberger²⁾ zu Unrecht meint.

1) BVwG VI C 76/64 vom 16.8.1967, S. 10, 2 BR 68, 43 (44)

2) Hitzelberger NJW 1958, 86 (87)

3) Klüber ZBR 1932, 13 (14)

Denn der Pfleger nach § 1910 BGB kann dadurch von dem Pflegebefohlenen an der Wahrnehmung dessen Rechte gehindert werden¹⁾, daß dieser die Aufhebung der Pflegschaft beantragt.

Der Beamte kann im Zwangspensionierungsverfahren die Aufhebung der Pflegschaft zwar beantragen, jedoch wird die Pflegschaft nur dann aufgehoben, wenn die Voraussetzungen ihrer Anordnung nicht mehr gegeben sind.

Die Einwilligung des Beamten in die Pflegschaft, die nur das Gegenstück zur Aufhebung darstellt, ist gemäß § 44 Abs. 1 S.2 BBG nicht erforderlich.

III Geistige und körperliche Gebrechen im Sinne § 1910 Abs. 1 und 2 BGB als Voraussetzung einer Pflegschaftsanordnung

Da § 1910 Abs.1 und 2 BGB nicht als materielle Voraussetzungen in § 44 Abs. 1 S.2 BBG genannt werden, würde es eigentlich keiner Erörterung bedürfen, daß demnach körperliche Gebrechen im Sinne § 1910 Abs. 1 BGB und eine erhebliche Minderung der Geistestätigkeit im Sinne § 1910 Abs.2 BGB³⁾ keine Pflegschaftsanordnung nach § 44 Abs. 1 S.2 BBG rechtfertigen können.

Gleichwohl wird die Auffassung vertreten, daß zwar § 1910 BGB keine entsprechende Anwendung im Zwangspensionierungsverfahren finde, der Fall, in dem der Beamte zur Wahrnehmung seiner Rechte nicht in der Lage ist, wird jedoch dann als gegeben angesehen, wenn der Beamte an einem geistigen oder körperlichen Gebrechen im Sinne § 1910 Abs.1 oder 2 BGB erkrankt ist. Plog-Wiedow²⁾ erwähnen die in §1910 Abs.1 BGB genannten körperlichen Gebrechen wie z.B.

1) BGH FamRZ 1967, 620 (623/4)

2) Plog-Wiedow Anm.6 zu § 44 BBG; vgl.S.93 der Arb.

3) Wenn im folgenden die Gebrechen im Sinne §1910II BGB genannt werden, so ist darunter die erhebliche Minderung der Geistestätigkeit zu verstehen und nicht auch die Geisteskrankheit, die gleichfalls eine Pflegschaft nach §1910II,IIIBGB rechtfertigt.

Blindheit und Taubheit. Wenn damit die Tatbestandsmerkmale des § 1910 Abs. 1 BGB in den § 44 Abs. 1 S. 2 BBG hineininterpretiert werden und gleichzeitig § 1910 BGB als materielle Voraussetzung einer PflEGschaftsordnung im Zwangspensionierungsverfahren abgelehnt wird, so ist dies zunächst unverständlich, zumal in den genannten Kommentarstellen eine nähere Erläuterung fehlt.

Diese Auffassung, die neben Plog-Wiedow u. a. auch Schütz-Ulland¹⁾ vertreten, widerspricht dem klaren Wortlaut des § 44 Abs. 1 S. 2 BBG in der Fassung vom 18.9.1957, der in der Neufassung des Gesetzes vom 20.7.1967 nicht geändert worden ist. In § 44 Abs. 1 S. 2 BBG ist § 1910 BGB nicht nur mit seinem Absatz 3 als materielle Vorschrift ungenannt geblieben, sondern alle Absätze des § 1910 BGB, also auch die Tatbestandsmerkmale 'körperliche und geistige Gebrechen' sind als materielle Voraussetzungen in § 44 Abs. 1 S. 2 BBG nicht erwähnt worden.

Die Ansicht von Plog-Wiedow wird insoweit verständlich, als die Auffassung der hM zu § 75 DBG und zu § 62 RBG unter der Herrschaft der Weimarer Verfassung berücksichtigt wird.²⁾ Es muß angenommen werden, daß Plog-Wiedow und Schütz-Ulland bei einem Pflegebefohlenen, mit dem eine Verständigung möglich und der geistig gesund, jedoch körperlich gebrechlich ist, eine PflEGschaft auch gegen dessen Willen für gerechtfertigt halten.

In der Zeit der Weimarer Verfassung mag es gerechtfertigt gewesen sein, daß der Beamte die Rechtmäßigkeit seiner Zwangspensionierung nicht gerichtlich überprüfen lassen konnte und die Bestellung eines PflEGers im Zwangspensionierungsverfahren im Ermessen des Dienstvorgesetzten stand und auch in diesem Fall eine gerichtliche Überprüfung der PflEG-

1) Schütz-Ulland Anm. 4 zu § 47 nwbG; vgl. S. 93 der Arb.

2) Vgl. Seite 78, 79 der Arbeit; S. 91, 92

bestellung nicht zulässig war. Das Zwangspensionierungsverfahren stand ausschließlich im Interesse der Dienstbehörde, der die Zwangspensionierung eines dienstunfähigen Beamten erleichtert werden sollte und deren Ermessensausübung nicht durch eine gerichtliche Entscheidung korrigierbar war. Nach dem nunmehr geltenden Verfassungsrecht steht gemäß Art. 19 Abs. 4 GG jedem der Rechtsweg offen, der durch öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt wird. Das Vormundschaftsgericht ist an den Antrag des Dienstvorgesetzten, einen Pfleger zu bestellen, aufgrund seiner weisungsfreien und unabhängigen Stellung gemäß Art. 97 Abs. 1 GG nicht mehr gebunden. Es ist vielmehr verpflichtet, die Voraussetzungen einer Pflegerschaftsanordnung zu prüfen¹⁾.

Nach Inkrafttreten des Grundgesetzes und der geänderten Vorschrift des § 44 Abs. 1 BBG in der Fassung vom 18.9.1957 ist die Auffassung der hM zu § 75 DBG und zu § 62 RBG, denen die Vorschrift § 44 BBG i.d.F. vom 14.7.1953 nachgebildet war, nicht mehr aufrecht zu erhalten. Die Auslegung des § 44 Abs. 1 BBG im Sinne der hM zu § 75 DBG und zu § 62 RBG, die Plog-Wiedow und Schütz-Ulland zu § 44 BBG i.d.F. vom 18.9.1957³⁾ vertreten, ist nicht verfassungskonform und verstößt gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

Wenn zwischen dem Zweck des Gesetzes und der durch das Gesetz herbeigeführten Einschränkung eines Grundrechtes ein auffallendes Mißverhältnis besteht, so ist das Prinzip der Verhältnismäßigkeit verletzt worden, das insoweit ein allgemeiner Grundsatz der Verfassung ist²⁾ und seine Geltung für Gesetze hat, die als Mittel zur Erreichung eines bestimmten Zwecks dienen.

1) Vgl. Seite 85ff der Arbeit

2) Wintrich BayVBl. 1957, 137(140); Maunz-Dürig-Herzog Rdn. 115 zu Art. 20 GG, Rdn. 71 zu Art. 20 GG; Dürig AöR 81, 117(146); BVerfGE 3, 383(399); Ipsen AöR 78, 284(314, Fußn. 46) mit weiteren Hinweisen; Hamann Binl. I D 7 a 3, S 40

3) Schütz zu § 47 nWBG i.d.F. vom 23.4.1968

Der Sinn und Zweck der Pfllegschaft im Zwangspensionierungsverfahren liegen nach Auffassung von Plog-Wiedow und Schütz-Ulland, die der hM zu § 75 DBG folgen, demnach darin, die Zwangspensionierung eines dienstunfähigen Beamten zu erleichtern und die Durchführung des Verfahrens nicht infolge von körperlichen oder geistigen Gebrechen des Beamten zu erschweren. So würde das Verfahren z.B. in dem Fall erschwert werden, in dem der Beamte an Blindheit oder Taubheit erkrankt ist und besonderer Hilfe und Rücksichtnahme bedarf. Geistige Gebrechen im Sinne § 1910 Abs. 2 BGB sind jede erhebliche Minderung der Geisteskraft, nicht erst Geisteschwäche oder Geisteskrankheit. Damit würde auch dem Geschäftsfähigen, mit dem eine Verständigung möglich ist, im Zwangspensionierungsverfahren die Stellung eines Geschäftsunfähigen zugeordnet. Die dem Pfleger zugeordnete Stellung als gesetzlicher Vertreter entspricht dem Überordnungsverhältnis, das zwischen einem Vormund und einem Entmündigten herrscht.¹⁾

Schütz-Ulland und Plog-Wiedow halten demnach eine Pfllegschaft für gerechtfertigt, die gegen den Willen eines geistig-gebrechlichen, jedoch geschäftsfähigen Beamten angeordnet wird und den Pfleger berechtigt, rechtsverbindliche Erklärungen ohne Rücksicht darauf abzugeben, ob der Beamte damit einverstanden ist oder nicht. Der Wille des geschäftsfähigen Beamten, der zwar mit jedermann rechtswirksame Vereinbarungen treffen kann, würde jedoch nach der von Plog-Wiedow vertretenen Auslegung des § 44 Abs. 1 BBG übergangen, um die Durchführung des Zwangspensionierungsverfahrens wegen körperlicher oder geistiger Gebrechen im Sinne § 1910 BGB und die Zurruesetzung des Beamten nicht zu erschweren oder zu verzögern.

Die Einschränkung der rechtlichen Stellung des Beamten, die durch die Bestellung eines Pflegers

1) Vgl. Seite 116 der Arbeit; BGH FamRZ 1967, 620 (623)

nach § 44 Abs.1 BBG herbeigeführt wird, steht in einem auffallenden Mißverhältnis zu dem Zweck, der im Zwangspensionierungsverfahren gemäß § 44 BBG nach Auffassung von Plog-Wiedow und Schütz-Ulland erreicht werden soll. Die Auslegung des § 44 Abs.1 BBG in dem Sinn, daß unter Übergehung des Willens eines Geschäftsfähigen eine Erleichterung im Zwangspensionierungsverfahren geschaffen werden soll, würde sich nicht mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vereinbaren lassen.

Auf allen Rechtsgebieten hat der Personenwert Vorrang vor dem Sachgüterwert.¹⁾ Es würde diese Rangordnung und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit unter Einschränkung des die Menschenwürde garantierenden Grundrechts Art.103 Abs.1 GG ins Gegenteil verkehrt werden, wenn man einem körperlich oder geistig gebrechlichen Beamten, der jedoch geschäftsfähig und mit dem eine Verständigung möglich ist, gegen dessen Willen die rechtliche Stellung eines Geschäftsunfähigen zuweisen würde, nur um im Zwangspensionierungsverfahren die Schwierigkeiten aus dem Wege zu räumen, die die Zwangspensionierung eines gebrechlichen Beamten verzögern würden.²⁾

Nach Inkrafttreten des Bundesbeamtengesetzes in der Fassung vom 18.9.1957 und unter dem geltenden Verfassungsrecht ist deshalb der Sinn und Zweck des Zwangspensionierungsverfahrens und seiner Pflegschaft nach § 44 BBG anders zu beurteilen, als er von der hM zu § 75 DBG und von Plog-Wiedow und Schütz-Ulland zu § 44 BBG verstanden wird. In einem Zwangspensionierungsverfahren, das aufgrund eines körperlichen oder geistigen Gebrechens (im Sinne § 1910 BBG) eines geschäftsfähigen Beamten, mit dem

1) Wintrich BayVBl.1957,137(138);

2) Lindgen, Hdbuch d. Disz. R., Bd. II, §76 II, S.203 ist der Ansicht, daß es unzumutbar sei, in einem Disziplinarverfahren die Hauptverhandlung am Krankenbett des Beamten durchzuführen; in diesem Fall sei die Bestellung eines Pflegers gerechtfertigt.

eine Verständigung möglich ist, verzögert wird oder nur unter erschwerenden Umständen durchgeführt werden kann, ist die Anordnung einer Pflugschaft nach § 44 Abs.1 BBG unzulässig und ein Pfleger, der als gesetzlicher Vertreter für den Beamten dessen Rechte im Zwangspensionierungsverfahren wahrnimmt, kann nicht bestellt werden.

IV Der Begriff " zur Wahrnehmung seiner Rechte in diesem Verfahren nicht in der Lage sein "

Da die materiellen Voraussetzungen, nach denen eine Pflugschaft im Zwangspensionierungsverfahren angeordnet werden kann, in § 44 Abs.1 S.2 BBG genannt werden, sind die Tatbestandsmerkmale " zur Wahrnehmung seiner Rechte in diesem Verfahren nicht in der Lage sein " auszulegen.

In Rechtsprechung und Lehre zu den Verfahrensvorschriften und zum Bürgerlichen Gesetzbuch ist der Begriff 'die Fähigkeit, seine Rechte wahrzunehmen' wiederholt genannt worden.

Der Bundesgerichtshof ¹⁾ ist der Ansicht, daß derjenige in der Lage ist, seine Rechte im Strafprozeß wahrzunehmen, der verhandlungsfähig ist. Seine verfassungsmäßig garantierten Rechte wahrzunehmen, ist derjenige in der Lage, der geschäftsfähig ist. ²⁾ Es wird demjenigen diese Fähigkeit abgesprochen, der geschäftsunfähig ist.

Das Kammergericht ist der Auffassung, daß derjenige Beamte im Disziplinarverfahren verhandlungsunfähig ist, der infolge einer Schwäche seiner geistigen Kräfte in diesem Verfahren seine Rechte nicht sachgemäß wahrnehmen kann. ³⁾

1) BGH MDR 1958, 141(142), so auch Henkel Anm. 9 zu § 59; Löwe-Rosenberg Einleitung Kap. 10 B 6 b; E. Schmidt Lehrkom. Teil I Nr. 145, Fußn. 260 mit weiteren Hinweisen; RGStE 1, 149(150/1)

Demnach soll zunächst untersucht werden, ob und inwieweit der Begriff 'Verhandlungsunfähigkeit' im Strafprozeß und im Disziplinarverfahren auch im Zwangspensionierungsverfahren zur Auslegung des Begriffs 'zur Wahrnehmung seiner Rechte in diesem Verfahren in der Lage sein' herangezogen werden kann.

V Verhandlungsunfähigkeit nach § 19 BDO

Die rechtliche Stellung des Pflegers, der zur Wahrnehmung der Rechte des verhandlungsunfähigen Beamten im Disziplinarverfahren bestellt werden kann, stimmt mit der Rechtsstellung des Pflegers im Zwangspensionierungsverfahren überein.⁴⁾ Aufgrund des gleichen Wirkungskreises der Pflegschaften in beiden Verfahren ist anzunehmen, daß beide Pflegschaften auch unter den gleichen Voraussetzungen anzuordnen sind.

Das Bundesverwaltungsgericht⁵⁾ und das OLG Hamm⁶⁾ sind der Meinung, daß beide Pflegschaften vergleichbar sind und die Vorschrift § 44 Abs. 1 S. 2 BBG der Bestimmung § 19 BDO entspricht⁷⁾. Sie betonen ihre

2) BGH NJW 1961, 1398 (11)

3) KG NJW 1961, 2166 (2168); so auch Rheinbaden Anm. III 2 zu § 89 pr. Disz. G., 2. Auflage, 1911; Schack Beamtenjahrbuch 1938, 222 (227); Klüber ZBR 4, 13 (14);

4) Vgl. Lindgen DÖD 1964, 161 ff

5) BVwG VI C 76/64 vom 16.8.1967 S. 7/8 (ZBR 1968, 43 (44))

6) OLG Hamm OLG 1968, 239 (240), auf Seite 241 wird Lindgen zitiert, der sich zum Diszipl. v. äußert

7) a) In § 19 BDO i. d. F. vom 20.7.1967 wird die materielle Voraussetzung für die Bestellung eines Pflegers im Disziplinarverfahren genannt, und zwar mit dem Tatbestandsmerkmal 'verhandlungsunfähig'. Der Pfleger nimmt die Rechte des Beamten in diesem Verfahren wahr, § 19 Abs. 2 BDO. In der Reichsdienststrafordnung in § 15 RDStO vom 26.1.1937 und in der Bundesdisziplinarordnung i. d. F. vom 1.9.1953 waren die Voraussetzungen mit 'geisteskrank oder sonst verhandlungsunfähig' bezeichnet. Behnke vertritt zur

Übereinstimmung mit der Entscheidung des Kammergerichts aus dem Jahre 1961, die sich mit den Voraussetzungen einer Pflegschaftsordnung im Disziplinarverfahren befaßt. Soweit zu § 19 BDO Stellung

RDStO (2. Auflage, 1940, Anm. II zu § 15 RDStO; so auch Brand Anm. 4 zu § 19 RDStO) und zur BDO (Anm. 2 zu § 15 BDO) die Auffassung, daß ein Geisteskranker verhandlungsfähig sei, wenn die Art der Geisteskrankheit eine vernunftmäßige Verteidigung zuläßt. Als Begründung wird die Entscheidung des RDiszH's vom 27.1.1932 (RVwBl. 1934, 873) genannt. Der RDiszH begründete seine Ansicht mit dem Hinweis auf die einheitliche Auffassung in Rechtsprechung und Schrifttum zum Strafprozeß, in dem der Angeklagte verhandlungsunfähig wird (Vgl. S. 138 der Arbeit). Es wurde also der Rechtsbegriff 'verhandlungsunfähig' unter den gleichen Voraussetzungen ausgelegt wie im Strafprozeß. Das wird auch dadurch dargetan, daß vor Inkrafttreten der RDStO bei Verhandlungsunfähigkeit des Beamten das Disziplinarverfahren in entspr. Anwendung des § 205 StPO eingestellt wurde (Brand Anm. 2 zu § 15 RDStO).

- b) Der Bundesdisziplinarhof ist in seiner Entscheidung vom 29.10.1953 (BDH 1, 85(90); 5, 84) der Auffassung, daß Geisteskrankheit dann nicht zur Verhandlungsunfähigkeit führt, wenn der Beschuldigte in der Lage ist, die Bedeutung des Verfahrens zu erkennen und sich sachgemäß zu verteidigen. In seiner Entscheidung hat der BDH (5, 84(85)) die Verhandlungsfähigkeit bejaht, obgleich der Beschuldigte wegen Geisteskrankheit entmündigt war. Demnach ist der Beschuldigte verhandlungsunfähig, wenn sowohl seine Willenserklärungen als auch seine Handlungen tatsächlicher Art (Wollenserklärungen) unvernünftig sind und unverständlich bleiben. Verhandlungsunfähig ist der Geisteskranke nur dann, wenn er aufgrund seiner Geisteskrankheit an der zielbewußten Vertretung seiner Interessen und zweckdienlichen Verteidigung gehindert ist (Brand Anm. 4 zu § 15 RDStO). Damit ist der Zusammenhang mit dem Rechtsbegriff 'Verständigungsunmöglichkeit' des § 1910 Abs. 3 BGB im Sinne Gernhubers und Dölles hergestellt, die eine Verständigung für unmöglich halten, wenn eine "zweckhafte und zielgerichtete Willensbildung" fehlt (Dölle § 141 II 4; Gernhuber § 69 VI 2/5).
- c) In der Literatur wird die Auffassung der Rechtsprechung des BDH's gebilligt (Schütz Anm. 2 zu § 18 nWDÖ; Breithaupt-Zoch Anm. 2 zu § 19 BDO; Wilhelm BayVBl 1962 S. 166, 168; Lindgen Bd. II Hdbuch des Disz.R., 1968, § 76 II). Janzen-Claussen (Anm. 2 zu § 19 BDO) weisen auf die Voraussetzungen der Verhandlungsunfähigkeit im Strafprozeß hin und begründen ihre Auffassung mit Hinweisen auf Entscheidungen des BGH's, die zur Verhandlungsunfähigkeit im Strafprozeß ergangen sind (BGH bei Dallinger MDR 1958, 141).
- d) Das Kammergericht (NJW 1961, 2166 ff.) und diesem fol-

genommen wird, ist in Rechtsprechung und Schrifttum dieser Auffassung nicht widersprochen worden.¹⁾

In § 19 Abs. 2 BDO werden teilweise die gleichen Tatbestandsmerkmale genannt wie in § 44 Abs. 1 S. 2 BBG: Zur Wahrnehmung der Rechte des Beamten wird ein Pfleger als gesetzlicher Vertreter in diesem Verfahren bestellt. Im übrigen wird in § 19 Abs. 1 BDO betont, daß die Durchführung des Verfahrens dadurch nicht gehindert wird, daß der Beschuldigte verhandlungsunfähig ist, da in diesem Fall ein Pfleger für ihn bestellt wird und gegen diesen das Verfahren mit Wirkung für und gegen den Beamten durchgeführt wird. Es kommt demnach in § 19 BDO

gend der überwiegende Teil der Literatur sehen auch in einer schweren körperlichen Erkrankung des Beamten keinen Grund, diesen für verhandlungsunfähig zu halten (KG NJW 1961, 2166 ff; Schütz Anm. 2 zu § 18 nWDG; Bteithaupt-Zoch Anm. 2 zu § 19 BDO; Janzen-Claussen Anm. 2 zu § 19 BDO; RGRK-Scheffler Anm. 5 zu § 1910 BGB).

e) Dagegen sieht Lindgen (§ 76 II HdBuch Bd. II, 1968) auch in körperlichen Gebrechen im Sinne § 1910 Abs. 1 und 2 BGB eine Voraussetzung für die Bestellung eines Pflegers, freilich ohne Begründung. Nur wenn die körperlichen Gebrechen vorübergehender Natur seien, folgt Lindgen der Auffassung des Kammergerichts darin, daß eine Pflegschaft über einen geistig gesunden Volljährigen unzulässig sei.

f) Das Kammergericht hält jedoch unabhängig von der Dauer der körperlichen Gebrechen die Pflegschaft für unzulässig, die einem geistig gesunden Volljährigen die Prozeßfähigkeit entzieht. Die Durchführung des Verfahrens unter Ausschluß eines geschäftsfähigen Beschuldigten sei verfassungswidrig und verletze Art. 1 Abs. 1 und Art. 103 Abs. 1 GG. Die Entziehung des Rechts auf rechtliches Gehör würdige den Beschuldigten zum bloßen Objekt des Verfahrens herab; dadurch werde die Menschenwürde verletzt. Eine Maßnahme, durch die einem Verfahrensbeteiligten die Prozeßfähigkeit entzogen werde, sei nur dann zulässig, wenn der Beteiligte "wegen Minderjährigkeit, Geisteskrankheit oder Entmündigung zur Wahrnehmung seiner Rechte in diesem Verfahren nicht in der Lage sei" (KG NJW 1961, 2166 (2168)). Dies scheint Lindgen aufgrund des mißverständlichen Satzes in der Entscheidung des Kammergerichts übersehen zu haben: "Der Beschuldigte sei verhandlungsunfähig, wenn er infolge einer Schwäche seiner geistigen Kräfte seine Rechte nicht sachgemäß wahrnehmen könne" (S. 2168). Das KG spricht jedoch am Ende der Entscheidung deutlich aus, daß ein geschäftsfähiger Beschuldigter

deutlich zum Ausdruck, daß eine Pflegschaftsanordnung nur gerechtfertigt ist, wenn wegen des Gesundheitszustandes des Beamten die Durchführung des Verfahrens verhindert und unmöglich wird. Eine Pflegschaftsanordnung ist also nicht gerechtfertigt, wenn das Disziplinarverfahren erschwert oder verzögert wird²⁾. Auch darin stimmt die Pflegschaft nach § 19 BDO mit der Pflegschaft nach § 44 Abs. 1 S. 2 BBG überein.

Da beide Pflegschaften in ihrem Wirkungskreis und beide Vorschriften, § 19 BDO und § 44 Abs. 1 S. 2 BBG, teilweise wörtlich übereinstimmen, ist davon auszugehen, daß die Auffassungen in Rechtsprechung und Literatur zu der Pflegschaft im Disziplinarverfahren auch für die Bestimmung und Auslegung des Begriffes 'zur Wahrnehmung der Rechte im Zwangspensionierungsverfahren nicht in der Lage sein' herangezogen werden können.

Nach hM³⁾, der zu folgen ist, ist im Disziplinarverfahren eine Pflegschaftsanordnung n i c h t begründet, wenn der Beamte geschäftsfähig ist. Ein körperliches Gebrechen im Sinne § 1910 Abs. 1 und 2 BGB rechtfertigt keine Pflegschaftsanordnung. Damit ist jedoch nicht schon im Wege des Umkehrschlusses die Auffassung begründet, daß der geschäftsunfähige Beschuldigte im Disziplinarverfahren durch einen Pfleger vertreten werden müsse. Die Unfähigkeit, seine Rechte im Disziplinarverfahren wahrzunehmen, ist nicht von der Geschäftsfähigkeit des Beschuldigten abhängig. Die Geschäftsfähigkeit ist nur da zur Wahrnehmung seiner Rechte erforderlich, wo rechtsgeschäftliche Handlungen im

durch die Bestellung eines Pflegers von der Teilnahme am Verfahren nicht ausgeschlossen werden können, auch wenn er wegen eines körperlichen Gebrechens verhandlungsunfähig sei.

1) Janzen-Claussen verweisen auf eine Entscheidung des BOBLG (BayBZ 58, 95), die sich mit dem Zwangspensionierungsverfahren beschäftigt.

2) Vgl. Seite 134 der Arbeit, Fußn. 7d

Sinne der §§104 ff BGB vorzunehmen sind.

Die Verfahrenshandlungen im Disziplinarverfahren sind jedoch keine rechtsgeschäftlichen Handlungen, sondern reine Tathandlungen, wie die Realakte, z.B. die Besitzergreifung nach § 854 BGB, Handlungen tatsächlicher Art sind.⁶⁾

Die Unfähigkeit, Handlungen tatsächlicher Art und Verfahrenshandlungen im Disziplinarverfahren vorzunehmen, liegt dann vor, wenn der Beschuldigte nicht in der Lage ist, unter zielgerichteter Willensbildung seine Verteidigung in dem Verfahren zu führen⁴⁾.

Nur in dem Fall, in dem in einem Verfahren die Verfahrenshandlungen rechtsgeschäftliche Willenserklärungen sind, ist der Geschäftsunfähige nicht in der Lage, rechtlich wirksame Verfahrenshandlungen vorzunehmen und seine Rechte in diesem Verfahren zu wahren.⁵⁾

Eine Untersuchung der Pflegschaft nach § 19 BDO zeigt daher deutlich, daß die Rechtsnatur der Verfahrenshandlungen mitbestimmt, welche Fähigkeit dazugehört, die Rechte in einem Verfahren wahrnehmen zu können. Deshalb ist der Begriff 'zur Wahrnehmung der Rechte in diesem Verfahren nicht in der Lage sein' gemäß § 44 Abs.1 S.2 BBG unter Berücksichtigung der Frage auszulegen, welche Rechtsnatur den Verfahrenshandlungen im Zwangspensionierungsverfahren zugeordnet wird.

Unter diesem Gesichtspunkt ist zunächst zu untersuchen, ob und wie weit auch der Begriff 'Verhandlungsunfähigkeit' des Strafprozesses zur Auslegung des Begriffs 'zur Wahrnehmung der Rechte in diesem Verfahren' nach § 44 Abs.1 S.2 BBG herangezogen werden kann.

3) BDH 1,85(90); 5,84(85); Behnke Anm.2 zu § 15 BDO;
Brand Anm.2,4 zu § 15 RDStO; KG NJW 1961,2166(2168);
Breithaupt-Zoch Anm.2 zu § 19 BDO; vgl. S.133ff, Fußn. 7bf

4) Vgl. Seite 134 der Arbeit, Fußn. 7b

5) Vgl. Seite 149 ff der Arbeit

6) So sind auch im Strafprozeß die Verfahrenshandlungen Realakte (vgl. S.138, Fußn.4 der Arbeit).
Im Verwaltungsstrafrecht (Disziplinarverfahren) sind die Grundsätze des Strafrechts entsprechend anzuwenden (Forsthoff S.167).

VI Verhandlungsunfähigkeit im Strafprozeß

Soweit sich die Rechtsprechung und das Schrifttum mit einem Vergleich der Verhandlungsunfähigkeit im Strafverfahren und im Disziplinarverfahren befassen, wird überwiegend die Auffassung vertreten, daß die Verhandlungsunfähigkeit im Strafprozeß mit der Verhandlungsunfähigkeit im Disziplinarverfahren vergleichbar sei und sich beide Rechtsbegriffe entsprechen.¹⁾ So wird zur Begründung ihrer Ansichten zu den Disziplinarverfahren in Literatur²⁾ und Rechtsprechung³⁾ auf gerichtliche Entscheidungen und Ansichten im Schrifttum verwiesen, die sich ausschließlich mit der Verhandlungsunfähigkeit im Strafprozeß befassen.⁴⁾

1) RDH RVwBl. 1932, 873

2) Janzen-Glaussen Anm. 2 zu § 19 BDO; Brand Anm. 4 zu § 15 RDStO (1937)

3) RDH RVwBl. 1932 (Bd. 53), S. 873

4) Ein Beschuldigter im Strafverfahren ist verhandlungsunfähig, wenn er unter der Würdigung der rein tatsächlichen Verhältnisse nicht in der Lage ist, seine Verfahrensbefugnisse auszuüben und seine Verfahrenspflichten zu erfüllen. Es ist festzustellen, ob er die natürliche Fähigkeit besitzt, zu verhandeln und am Verfahren mitzuwirken, d.h. ob er fähig ist, seine Interessen vernünftig zu vertreten, seine Rechte zu wahren, seine Verteidigung in verständlicher und verständiger Weise zu führen (Henkel § 59 Nr. 9; Löwe-Rosenberg Bd. I Einl. B6b). Auch ein unter Störungen seiner Geistestätigkeit leidender Angeklagter kann verhandlungsfähig sein. Ein Geisteskranker ist nicht in jedem Fall verhandlungsunfähig (Henkel § 59 Nr. 9; Schwarz-Kleinknecht Einl. 4 Ba; Löwe-Rosenberg-Kohlhaas Anm. 3 zu § 205). Ein Geisteskranker ist jedoch geschäftsunfähig, § 104 BGB (Staudinger-Coing Anm. 8 zu § 104 BGB). Hier ist ein deutlicher Unterschied zu dem Tatbestandsmerkmal 'Verständigungsunmöglichkeit' des § 1910 Abs. 3 BGB zu erkennen, wenn man wie die hM bei einem Geschäftsunfähigen die Verständigungsmöglichkeit von vornherein ausschließt (vgl. Seite 161 der Arbeit). Unter Verhandlungsunfähigkeit im Strafverfahren wird nicht die Fähigkeit verstanden, rechtsgeschäftlich wirksame Willenserklärungen abgeben zu können. Es ist die Fähigkeit, Prozeßerklärungen abzugeben und entgegenzunehmen und seine Verteidigung in verständlicher Weise zu führen, gemeint, und eine Prozeßhandlung wird als Handlung rein tatsächlicher Art

Das Kammergericht¹⁾ und Lindgen²⁾

halten einen Vergleich der Verhandlungsunfähigkeit im Sinne der BDO mit der Verhandlungsunfähigkeit des Strafverfahrens nicht ohne weiteres für gerecht-

angesenen (Peters §32 III 3; v. Hippel §48 II 1, S. 274). Wie bei den Realakten wird auch hier nicht auf die Fähigkeit, rechtsgeschäftlich vollwirksame Erklärungen abzugeben, abgestellt. Die Geschäftsfähigkeit im Sinne § 104 BGB hat mit der Verhandlungsunfähigkeit das Erfordernis einer Verstandestätigkeit gemeinsam. Beide Rechtsbegriffe unterscheiden sich jedoch darin, daß bei der Geschäftsunfähigkeit die freie Willensbestimmung gestört ist, während die Verhandlungsfähigkeit das Verhandeln in allgemein verständlicher Weise fordert, d.h. der Angeklagte muß in der Lage sein, seinen Willen so zum Ausdruck zu bringen, daß ihn ein Dritter erkennt und versteht (Löwe-Rosenberg-Schäfer Einl. B6b; BGH bei Dallinger MDR 1958, 141; RG HRR 1936 Nr. 1477). E. Schmidt hält den Angeklagten für verhandlungsfähig, der zur Apperzeption aller Erörterungen während des Verfahrens in der Lage ist' (E. Schmidt Lehrk., Teil I, Nr. 145).

Wenn in Rechtsprechung und Lehre von einer 'vernünftigen Verteidigung' gesprochen wird, so ist damit nicht gemeint, daß das Verhalten des Angeklagten sich nach den Regeln der Vernunft zu richten habe und bei einem Mißachten der Grundsätze der Vernunft sich die Verhandlungsunfähigkeit herausgestellt hat. Es ist vielmehr nur soviel erforderlich, daß der Angeklagte nach seinen physischen und psychischen Fähigkeiten in der Lage ist, der Verhandlung zu folgen und das Recht, in der Verhandlung gehört zu werden, wahrzunehmen (BGH bei Dallinger MDR 1958, 141; RG HRR 1936 Nr. 1477; Löwe-Rosenberg-Schäfer Einl. B6b). Der Begriff 'zur Wahrnehmung seiner Rechte in der Lage sein' wird in Rechtsprechung und Literatur immer wieder in diesem Sinne ausgesprochen und darunter die Verhandlungsunfähigkeit des Angeklagten verstanden (BGH bei Dallinger MDR 1958, 141 (142); RGSt 1, 149 (150/151); Peters § 32 III 3; Löwe-Rosenberg-Schäfer Einl. B6b; E. Schmidt Lehrk., Teil I, Fußn. 260, Nr. 145;).

Die Verhandlungsunfähigkeit des Angeklagten hat die Einstellung des Verfahrens zur Folge, §§ 205, 206a StPO, denn die Verhandlungsunfähigkeit wird als Prozeßvoraussetzung gesehen, ohne deren Erfüllung das Verfahren nicht fortgesetzt werden kann (E. Schmidt Lehrk., Teil I, Nr. 145). Das Verfahren wird abhängig von der Dauer der Verhandlungsunfähigkeit vorläufig oder endgültig eingestellt, § 206a StPO (KMR Müller-Sax Anm. 3b zu § 205).

1) KG NJW 1961, 2166 (2167)

2) Lindgen Hdbuch Disz. R. 1968, Bd. I, § 76 II, S. 203; so auch Wittland Anm. 3 zu § 15 RDStO

fertigt. Der Rechtsbegriff 'Verhandlungsunfähigkeit' müsse im Disziplinarrecht anders ausgelegt werden als im Strafprozeßrecht, da an die Verhandlungsunfähigkeit im Strafprozeß die Einstellung des Verfahrens und im Disziplinarverfahren die Fortführung des Verfahrens und eine Pflegerbestellung geknüpft werden.¹⁾ Es sei deshalb der Auffassung des Bundesdisziplinarhofs²⁾ zu folgen und danach derjenige im Disziplinarverfahren verhandlungsunfähig, der die Bedeutung des Verfahrens und der einzelnen Verfahrensakte nicht erkennen und würdigen, sich nicht sachgemäß verteidigen und seine Rechte nicht wahrnehmen könne.

Auffallend ist, daß in Rechtsprechung und Lehre der Rechtsbegriff 'Verhandlungsfähigkeit' fast mit den gleichen Worten sowohl im Strafprozeßrecht als auch im Disziplinarrecht definiert wird: "Seine Verteidigung in gehöriger Weise, ordnungsgemäß führen; seine Rechte wahrnehmen³⁾ und seine Verteidigung in verständlicher und verständiger Weise führen".⁴⁾

Diese Übereinstimmung in der Wortwahl bei der Auslegung des Begriffs 'Verhandlungsfähigkeit' im Sinne des § 19 BDO und des Strafprozeßrechts zeigt deutlich, daß beide Begriffe vergleichbar sind. Denn es liegt eine Übereinstimmung in der Wortwahl vor, die den Begriff auslegen und daher einer weiteren Auslegung nicht bedürfen, und es kann schwerlich einem Übereinstimmenden Wortlaut in der Auslegung des Begriffs 'Verhandlungsfähigkeit' im Strafprozeß und im Disziplinarrecht eine unterschiedliche Bedeutung unterlegt werden.

Wenn das Kammergericht die Verhandlungsfähigkeit eines Beschuldigten im Disziplinarverfahren anders beurteilt als im Strafprozeß, so ist dieser Auffassung insoweit zuzustimmen, als die Voraussetzungen

1) KG NJW 1961, 2166 (2168)

2) BDH 1, 85 (90)

3) BGH bei Dallinger MDR 1958, 141 (142)

4) Henkel § 59 Nr. 9; Schwarz-Kleinknecht Einl. 4 Ba;
E. Schmidt Lehrk. Nr. 145, Fußn. 260 mit weiteren Hin-

einer Verhandlungsunfähigkeit im Disziplinarverfahren mindestens ebenso streng zu beurteilen sind wie im Strafprozeß.¹⁾ Denn bei Eintritt der Verhandlungsunfähigkeit im Strafprozeß wird der Beschuldigte dadurch begünstigt, daß das Strafverfahren gegen ihn eingestellt wird. In die Rechte des Beschuldigten wird nicht eingegriffen, er erfährt eine Rechtswohlthat.

Dagegen wird bei Eintritt der Verhandlungsunfähigkeit des Beschuldigten im Disziplinarverfahren in die rechtliche Stellung des Beschuldigten eingegriffen. Denn das Verfahren wird fortgeführt, und zwar ohne ihn, und an seine Stelle tritt ein Pfleger²⁾, der berechtigt ist, Erklärungen mit Wirkung für und gegen ihn abzugeben, ohne Rücksicht darauf, ob der Beschuldigte damit einverstanden ist oder nicht.

Die Fortführung des Verfahrens trotz Verhandlungsunfähigkeit des Beschuldigten, d.h. Strafdrohung und Bevormundung durch einen Pfleger sind als Eingriff in die Rechte des Beschuldigten weitaus erheblicher als der Verzicht des Staates und der Allgemeinheit auf Durchsetzung des Strafanspruchs nach §§205, 206a StPO wiegt.

Demgemäß wird es gerechtfertigt sein, an der Auslegung des Begriffs 'Verhandlungsunfähigkeit'

weisen; das OLG Hamm (OLG 1968, 239(241)) hat den Begriff 'seine Rechte im Zwangspensionierungsverfahren wahrnehmen' mit den gleichen Worten definiert wie der BDH den Begriff 'Verhandlungsunfähigkeit': "...die Fähigkeit, die Bedeutung des Verfahrens und der einzelnen Verfahrensakte zu erkennen und seine Belange sachgemäß wahrzunehmen" (BDH 1, 85(90)). Ein Vergleich des Begriffs 'zur Wahrnehmung der Rechte im Zwangspensionierungsverfahren in der Lage sein' mit dem Begriff 'Verhandlungsfähigkeit im Strafprozeß' ist in Rechtsprechung und Literatur nicht erwähnt worden, er liegt jedoch nahe, da die Verhandlungsunfähigkeit im Strafprozeß und im Disziplinarverfahren einerseits und der Begriff 'Verhandlungsunfähigkeit im Disziplinarverfahren' mit dem Begriff 'zur Wahrnehmung der Rechte im Zwangspensionierungsverfahren in der Lage sein' andererseits vergleichbar sind.

1) Die Auffassung von Lindgen, daß an die Verhandlungsunfähigkeit im Disziplinarverfahren weniger strenge Voraussetzungen zu knüpfen seien wie im Straf-

ähnlich strenge Voraussetzungen zu knüpfen wie im Strafprozeß. Es wird ein ähnlich hohes Maß an Einsichtslosigkeit in die Bedeutung des Verfahrens und ein ähnliches Maß an Unfähigkeit, sich im Disziplinarverfahren sachgemäß zu verteidigen, gefordert werden müssen wie dies im Strafprozeß die Feststellung der Verhandlungsunfähigkeit rechtfertigen würde.

Die Auslegung des Begriffs 'Verhandlungsunfähigkeit im Strafverfahren' ist deshalb für das Disziplinarverfahren und das Zwangspensionierungsverfahren insoweit von Bedeutung, als dadurch eine Grenze aufgezeigt wird, die das Maß an Unfähigkeit, seine Rechte im Zwangspensionierungsverfahren wahrzunehmen, mitbestimmt. So bestätigt ein Vergleich der Verhandlungsunfähigkeit des Strafprozeßrechts mit der Verhandlungsunfähigkeit des Disziplinarverfahrens, daß geistige oder körperliche Gebrechen im Sinne § 1910 Abs. 1 und 2 BGB die Verhandlungsunfähigkeit im Disziplinarverfahren und demnach auch nicht die Voraussetzung 'zur Wahrnehmung der Rechte im Zwangspensionierungsverfahren nicht in der Lage sein' begründen bzw. erfüllen können.

Bei einem Vergleich der Rechtsbegriffe 'Verhandlungsunfähigkeit' des Strafprozeßrechts und des Disziplinarrechts mit dem Begriff 'zur Wahrnehmung der Rechte im Zwangspensionierungsverfahren' ist zu berücksichtigen, daß die Verfahrenshandlungen im Strafprozeß und im Disziplinarverfahren Handlungen rein tatsächlicher Art sind³⁾.

Eine Untersuchung des Rechtsbegriffs 'Verhandlungsunfähigkeit im Strafprozeßrecht und im Disziplinarrecht zeigt, daß die Voraussetzungen, unter

verfahren, ist mit den Vorschriften der Verfassung nicht in Einklang zu bringen. Es ist nicht ersichtlich, warum einem geistig oder körperlich gebrechlichen Beschuldigten, der geschäftsfähig ist, die Prozeßfähigkeit entzogen werden kann, und zwar nur im Disziplinarverfahren, und der Beschuldigte, der an den gleichen Gebrechen erkrankt ist, im Strafverfahren verhandlungsfähig sein soll.

2) Behnke Anm. III zu § 15 RDStO; 3) Vgl. S. 138 d. Aroet Fußn. 4

denen zur Wahrnehmung der Rechte im Zwangspensionierungsverfahren ein Pfleger bestellt werden kann, unter Berücksichtigung zweier Gesichtspunkte zu bestimmen sind:

1. Die Durchführung des Verfahrens gegen den Pfleger, der an Stelle des Beamten dessen Verfahrensrechte wahrnimmt, und
2. die Feststellung der Rechtsnatur der Verfahrenshandlungen im Zwangspensionierungsverfahren .

VII Geschäftsunfähigkeit im Sinne § 104 BGB als
Voraussetzung einer Pflegschaftsanordnung

1. Die Durchführung des Verfahrens gegen den
Pfleger als gesetzlichen Vertreter des
Beamten

In Rechtsprechung¹⁾ und Literatur²⁾ wird überwiegend die Auffassung vertreten, daß ein gesetzlicher Vertreter immer dann als Pfleger bestellt werde, wenn der Vertretene geschäftsunfähig sei. Der Pfleger eines geschäftsfähigen Pflegebefohlenen sei nicht gesetzlicher Vertreter, sondern Bevollmächtigter des Pflegebefohlenen. Die Pflegschaft nach §§ 1909 ff BGB beruhe zwar auf amtsgerichtlicher Bestallung, jedoch finde die Pflegschaft ihre Rechtfertigung dem Grundsatz nach in der freien Willensentschließung des Gebrechlichen. Dagegen sei eine Pflegschaft nach §§ 1909 BGB über einen geschäftsunfähigen Pflegebefohlenen anders zu beurteilen. Ein Geschäftsunfähiger könne weder einen Bevollmächtigten mit der Wahrnehmung seiner Rechte beauftragen, noch sei mit ihm eine Verständigung möglich, § 1910 Abs. 3 BGB.³⁾ In diesem Fall beruhe die Pflegschaft ausschließlich auf gesetzlicher Grundlage und der Entscheidung des Amtsgerichts.

Gernhuber, Kipp-Wolff und das OLG Celle knüpfen

1) BayObLG NJW 1962, 677; KG NJW 1961, 2114; RG HRR 1929, Nr. 1651; OLG Karlsruhe FamRZ 1957, 57; BGH FamRZ 1967, 620 (623)

2) Staudinger-Engler Anm. 13 zu § 1910 BGB; Soergel-Germer Anm. 10 zu § 1910 BGB; Dölle § 139 IV; RGRK-Scheffler Anm. 7 zu § 1910 BGB

3) Vgl. Seite 161 der Arbeit

an den Begriff 'gesetzlicher Vertreter' nicht die Geschäftsunfähigkeit des Vertretenen¹⁾ Sie sehen auch den Pfleger eines Geschäftsfähigen als dessen gesetzlichen Vertreter an. Beide Pflegschaften würden auf dem Gesetz beruhen und der Begriff 'gesetzlicher Vertreter' lasse keinen zwingenden Schluß im Hinblick auf die Geschäftsfähigkeit des Vertretenen zu. Der gesetzliche Vertreter sei dem Vertretenen nicht notwendig übergeordnet.

Diese Auffassung mag in den Fällen richtig sein, in denen nach dem Wirkungskreis der Pflegschaft tatsächlich keine Überordnung des Pflegers über den Pflegebefohlenen besteht. Die rechtliche Stellung des Pflegers im Zwangspensionierungsverfahren nach § 44 Abs. 1 BBG ist jedoch mit der übergeordneten Stellung des Vormunds gegenüber dem Entmündigten vergleichbar.²⁾ Nach überwiegender Ansicht in Rechtsprechung und Lehre kann sich der Pfleger im Zwangspensionierungsverfahren über den Willen des Pflegebefohlenen hinwegsetzen und er kann rechtsverbindliche Erklärungen abgeben, ohne Rücksicht darauf, ob der Pflegebefohlene damit einverstanden ist oder nicht.

Die Vertretung des Beamten nach § 44 Abs. 1 BBG im Zwangspensionierungsverfahren beruht auf dem Gesetz und nicht auf einer Bevollmächtigung. Die Einwilligung des Beamten in die Pflegschaft nach § 44 Abs. 1 BBG ist nicht erforderlich. Wenn der Pfleger nach dem Wortlaut des Gesetzes § 44 Abs. 1 S. 2 BBG ausdrücklich die Stellung eines gesetzlichen Vertreters erhält, so ist damit mehr ausgedrückt als nur, daß die Vertretung des Beamten auf dem Gesetz beruht, andernfalls wäre das Wort 'gesetzlich' neben dem Merkmal 'Vertreter' überflüssig.

1) Gernhuber § 69 VI 4; Kipp-Wolff § 128 III; OLG Celle FamRZ 1963, 465 (466). Vgl. Lehmann § 59 II 3; Habscheid FamRZ 1957, 111; Müller-Freienfels S. 344

2) Vgl. Seite 102 der Arbeit

Es ist demnach der hM zu folgen. Danach ist ein Pfleger nur dann als gesetzlicher Vertreter eines Pflegebefohlenen zu bestellen, wenn der Pflegebefohlene geschäftsunfähig ist.

Das Tatbestandsmerkmal 'gesetzlicher Vertreter' ist daher auch in § 44 Abs. 1 S. 2 BBG dahin auszulegen, daß ein Pfleger als gesetzlicher Vertreter des Beamten im Zwangspensionierungsverfahren nur bestellt werden kann, wenn der Beamte geschäftsunfähig ist.

Daß die beiden Begriffe 'gesetzlicher Vertreter' und 'Geschäftsunfähigkeit' miteinander verknüpft sind, zeigen auch der Wirkungskreis und die rechtliche Stellung eines Pflegers im Zwangspensionierungsverfahren, die durch das Merkmal 'gesetzlicher Vertreter' bestimmt wird und auch dem Herrschaftsverhältnis entspricht, das zwischen einem Geschäftsunfähigen und seinem Vormund besteht¹⁾. Diese Auffassung wird auch dadurch bestätigt, daß der Rechtsordnung, die im Bürgerlichen Gesetzbuch und in den verschiedenen Verfahrensgesetzen zum Ausdruck kommt, die rechtliche Stellung eines gesetzlichen Vertreters, der gegen den Willen eines geschäftsfähigen Vertretenen bestellt werden könnte, unbekannt ist.²⁾

1) Vgl. Seite 130 der Arbeit

2) Eine Ausnahme besteht dort, wo ein Pflegebefohlener geschäftsfähig ist, eine Verständigung mit ihm jedoch nicht möglich ist, § 1910 Abs. 3 BGB (vgl. Seite 161, Fußn. 2 der Arbeit).

In der 'Schlüsselgewalt' der Ehefrau nach § 1357 BGB ist keine gesetzliche Vertretung zu sehen (hM, Staudinger-Scheffler Rdn. 9 zu § 1357 BGB mit weiteren Hinweisen; a. A. Habscheid FamRZ 1957, 109 (110)).

Auch der Gebrechlichkeitspfleger nach § 1910 Abs. 1, 2 BGB für einen geschäftsfähigen Pflegebefohlenen ist kein gesetzlicher Vertreter (vgl. Seite 144 der Arbeit).

Zur Wahrnehmung der Rechte eines unbekannten Berechtigten ist die Bestellung eines Vertreters gesetzlich vorgesehen, so in §§ 58, 494 Abs. 2, 787 ZPO, §§ 6 Abs. 1, 135, 157 Abs. 2 ZVG und nach § 106 Abs. 3 AO. Der Vertreter handelt jedoch nicht gegen den Willen des Unbekannten, sondern nach dessen mutmaßlichen Willen.

In den gerichtlichen Verfahren nach der ZPO oder der VwGO kann für einen nicht prozeßfähigen Verfahrensbeteiligten zur Wahrnehmung dessen Rechte ein besonderer Vertreter bestellt werden, § 57 ZPO, § 62 Abs. 3 VwGO. Dieser hat die Stellung eines gesetz-

Wenn aufgrund des Gesetzes einem Vertreter innerhalb seines Wirkungskreises die Befugnis eingeräumt wird, unter Übergehung des Willens des Vertretenen mit Wirkung für und gegen den Vertretenen Erklärungen abzugeben, so ist dies nur in dem Verfahren zulässig, in dem der Vertretene zwar seinen Willen auszudrücken vermag, jedoch unfähig ist, Willenserklärungen rechtlich wirksam abzugeben.¹⁾

lichen Vertreters (Stein-Jonas Anm. III zu § 57 ZPO; Baumbach-Lauterbach Anm. 3 zu § 57 ZPO). Die Bestellung eines gesetzlichen Vertreters mit seinen umfangreichen Befugnissen ist nach § 57 ZPO nur unter der Voraussetzung zulässig, daß der vertretene Verfahrensbeteiligte prozeß- bzw. geschäftsunfähig ist. Darüberhinaus ist die Vertreterbestellung davon abhängig, daß ohne die Bestellung eines Vertreters eine Gefahr im Verzug für den Kläger gegeben ist (Wieczorek Anm. AI zu § 57 ZPO). Wenn gegen einen prozeßunfähigen Beklagten ein Anspruch geltend gemacht werden soll und keine Gefahr im Verzuge festgestellt wird, so wird ein Vertreter gemäß § 57 ZPO nicht bestellt werden. Der Kläger hat vielmehr den gesetzlichen Vertreter des geschäftsunfähigen Schuldners zu ermitteln und die Klage diesem zu stellen zu lassen (Stein-Jonas Anm. I zu § 57 ZPO). Ist ein gesetzlicher Vertreter für den prozeßunfähigen Schuldner bisher nicht bestellt worden, so hat das Vormundschaftsgericht für den Geschäftsunfähigen einen gesetzlichen Vertreter nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches zu bestellen (Wieczorek Anm. AI zu § 57 ZPO).

Die Klage eines prozeßunfähigen Klägers ist durch Prozeßurteil abzuweisen, wenn die Prozeßunfähigkeit als erwiesen anzusehen ist (Rosenberg-Schwab § 44 IV 5a). In dem Verfahren, in dem über die Prozeßfähigkeit gestritten wird, ist die Partei als prozeßfähig anzusehen (BSGE 5, 176 (177); Rosenberg-Schwab § 44 IV 2 mit weiteren Nachweisen). Wird eine Partei im Laufe eines Verfahrens prozeßunfähig, so ist das Verfahren auszusetzen, § 241 ZPO.

Demnach kann in dem Verfahren der ZPO und der VWGO ein gesetzlicher Vertreter zur Wahrnehmung der Rechte eines Verfahrensbeteiligten ohne dessen Einwilligung nur unter der Voraussetzung bestellt werden, daß dieser prozeßunfähig ist, § 57 ZPO, § 62 VWGO. Solange die Prozeßunfähigkeit nicht als erwiesen anzusehen ist, gilt der Verfahrensbeteiligte als prozeßfähig, und er ist in der Lage, seine Rechte in diesen Verfahren selbst wahrzunehmen. Für denjenigen, der prozeßfähig ist, kann ein gesetzlicher Vertreter nicht bestellt werden.

1) Vgl. Seite 146 der Arbeit

Das Ausmaß der Unfähigkeit, in einem bestimmten Verfahren rechtswirksame Erklärungen abzugeben, bestimmt den Umfang der Vertretungsmacht eines gesetzlichen Vertreters. Die Vertretungsmacht und die Unfähigkeit zur Abgabe rechtlich wirksamer Erklärungen entsprechen sich in ihrem Ausmaß und in ihrem Umfang. Es kann ein gesetzlicher Vertreter in einem Verfahren nur mit dem Wirkungskreis in dem Umfang bestellt werden, innerhalb dessen der Vertretene unfähig ist, rechtlich wirksame Verfahrenshandlungen vorzunehmen.

In diesem Zusammenhang sind die Tatbestandsmerkmale 'zur Wahrnehmung seiner Rechte in dem Verfahren nicht in der Lage sein' dahin auszulegen, daß eine Pflegschaft dann angeordnet werden kann, wenn der Beamte unfähig ist, rechtlich wirksame Verfahrenshandlungen vorzunehmen. Der Wortlaut 'seine Rechte nicht wahrnehmen können' ist nicht so zu verstehen, daß ein Pfleger zur Unterstützung desjenigen Beamten bestellt wird, dessen körperliche und geistige Kräfte erschöpft sind und der deshalb seine rechtlichen Vorteile in diesem Verfahren nicht in vollem Umfang zu nutzen weiß oder der mit Rücksicht auf seine Erkrankung darauf verzichtet, seine Rechte in diesem Verfahren wahrzunehmen. Zu seiner Unterstützung kann sich der Beamte eines Rechtsbeistandes bedienen, der seine rechtlichen Vorteile wahrzunehmen vermag. In einem solchen Fall ist die Bestellung eines gesetzlichen Vertreters mit dessen umfangreichen Befugnissen nicht erforderlich. Erst wenn die Unfähigkeit, die Bedeutung des Verfahrens und die Rechte in diesem Verfahren zu erkennen, ein solches Ausmaß erreicht hat, daß nach den allgemeinen Grundsätzen die Erklärungen des Verfahrensbeteiligten als rechtlich unwirksam anzusehen sind, kann an Stelle des betroffenen Verfahrensbeteiligten ein Pfleger als dessen gesetzlicher Vertreter bestellt werden.

2. Rechtsnatur der Verfahrenshandlungen des Beamten

Die Unfähigkeit, im Zwangspensionierungsverfahren rechtswirksame Handlungen vorzunehmen, ist neben anderen Voraussetzungen danach zu bestimmen, ob die Verfahrenshandlungen im Zwangspensionierungsverfahren rechtsgeschäftliche Handlungen oder wie im Strafverfahren Handlungen rein tatsächlicher Art sind.

Dabei ist zu berücksichtigen, daß die Verfahrenshandlungen des Beamten gegenüber der Behörde oder dem Ermittlungsbeamten zu untersuchen sind und nicht die Handlungen der Behörde gegenüber dem Beamten. Die Maßnahmen und Handlungen einer Verwaltung und deren Wirksamkeit sind unter anderen Voraussetzungen zu beurteilen¹⁾. Da die Verfahrenshandlungen des im Zwangspensionierungsverfahren betroffenen Beamten Handlungen einer Privatperson sind, sind diese Zivilhandlungen²⁾. Zu diesen Zivilhandlungen ist der Beamte zwar aufgrund von öffentlich-rechtlichen Vorschriften berechtigt; auf diese Handlungen finden jedoch die privatrechtlichen Vorschriften Anwendung³⁾. Die Erklärungen einer Privatperson sind gegenüber einer Behörde nicht anders zu beurteilen als Erklärungen unter Privatpersonen, so daß die Rechtsnatur der Handlungen des Beamten im Zwangspensionierungsverfahren nach den Vorschriften des Privatrechts zu beurteilen ist.

Im Zwangspensionierungsverfahren nimmt der Beamte Verfahrenshandlungen vor, die als Einwendungen gegen die beabsichtigte Zurruesetzung, als Beweis-anträge oder Ablehnungsanträge zu bezeichnen sind. Alle diese Verfahrenshandlungen sind rechtsgeschäftliche Handlungen und keine Tathandlungen.

1) Forsthoff § 10, S. 166; Staudinger-Ching Rn. 26b vor § 16 BGB

2) Wolff § 36 II C 2

3) Wolff § 36 II C 2; Erman-Westermann Anm. 1b zu Einl. zu § 104 BGB; vgl. Seite 151, Fußn. 3 der Arbeit

Eine Tathandlung liegt vor, wenn eine Handlung, ohne Wissens- oder Willensäußerung zu sein, unmittelbar eine äußere, tatsächliche Wirkung und dadurch eine rechtliche Folge herbeiführt¹⁾.

Einwendungen und Antragstellung im Zwangspensionierungsverfahren sind jedoch Willenserklärungen. Allein die Kundgabe des Willens begründet die beabsichtigte Rechtsfolge. Der Beamte will und weiß, daß aufgrund seiner Willensäußerung der gewünschte Rechtserfolg eintritt.

3. Fähigkeit zu rechtsgeschäftlichen Handlungen

Die Frage nach der Fähigkeit, im Zwangspensionierungsverfahren rechtlich wirksame Verfahrenshandlungen vorzunehmen, läßt sich dadurch beantworten, daß das Zwangspensionierungsverfahren als besonderes Verwaltungsverfahren erkannt wird²⁾.

Die Fähigkeit zu rechtsgeschäftlichen Handlungen in einem besonderen Verwaltungsverfahren kann nicht anders beurteilt werden als in einem allgemeinen Verwaltungsverfahren. Die Fähigkeit, Willenserklärungen und Rechtshandlungen in einem allgemeinen Verwaltungsverfahren rechtlich wirksam vorzunehmen, wird als Geschäftsfähigkeit bezeichnet³⁾.

Eine besondere Vorschrift, die die Geschäftsfähigkeit einer Zivilperson im Verwaltungsverfahren regelt, fehlt im Verwaltungsrecht. Wenn eine spezielle Regelung einer Rechtsfrage nicht bestimmt wurde, sind verwaltungsfremde Vorschriften entsprechend anzuwenden⁴⁾. Zur Regelung der Geschäftsfähigkeit im Verwaltungsverfahren sind die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches⁵⁾ anzu-

1) Wolff § 36 II b1

2) Vgl. Seite 2ff der Arbeit

3) Forsthoff § 10 S. 166; Wolff § 33 VII

4) Forsthoff § 10 S. 166; BGH NJW 1961, 1397 Nr. III 1a für das Verfahren nach dem FGG; Palandt Anm. 2 Einführung zu §§ 104 ff BGB; Erman-Westermann Anm. 16 Einl. zu §§ 104 ff BGB

5) Für das Verwaltungsstrafrecht sind die Grundsätze des Strafrechts maßgebend, Forsthoff S. 167, § 10

wenden¹⁾. Dies entspricht auch der oben getroffenen Feststellung, daß die Willenserklärungen und Rechtshandlungen einer Zivilperson gegenüber einer Behörde nicht anders zu beurteilen sind als die Rechtshandlungen mehrerer Zivilpersonen untereinander²⁾.

Im Bürgerlichen Gesetzbuch ist die Fähigkeit, rechtlich wirksame Willenserklärungen abzugeben, in §§ 104, 105 BGB geregelt. Gemäß § 104 Nr. 2 BGB ist derjenige fähig, rechtsgeschäftliche Willenserklärungen abzugeben, dessen freie Willensbestimmung nicht durch krankhafte Störungen der Geistestätigkeit ausgeschlossen ist²⁾.

1) Forsthoff § 10, S. 167

2) Nach der in Literatur und Rechtsprechung überwiegend vertretenen Auffassung ist die freie Willensbestimmung ausgeschlossen und der Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit festgestellt, wenn der Willensentschluß durch krankhafte Vorstellungen und Gedanken dauernd derart beeinflusst wird, daß die Willensbetätigung tatsächlich nicht mehr frei ist, sondern schranken- und hemmungslos ist und widerstandlos beherrscht wird (RGRK-Krüger-Nieland Anm. 11 zu § 104 BGB; RGZ 162, 223 (228)). Ein Wille ist frei, wenn gegenüber den verschiedenen Vorstellungen und Empfindungen eine vernünftige Überlegung darüber stattfindet, was im gegebenen Fall als das Richtige zu tun ist, und unfrei, wenn er durch vernünftige Erwägungen nicht beeinflusst und bestimmt werden kann und unkontrollierbar ist (RGZ 103, 399 (400)). Die Willensbetätigung erscheint nach Art mechanischer Ursachen. Nicht gehört hierzu die leichte Beeinflussbarkeit oder Willensschwäche oder die Tatsache, daß jemand die rechtliche Tragweite seiner rechtsgeschäftlichen Handlungen nicht zu erfassen vermag (RG JW 1937, 35; RGRK-Krüger-Nieland Anm. 12 zu § 104 BGB; Staudinger-Coing Anm. 6 zu § 104 BGB). Auch ist nicht die Verstandestätigkeit oder der Mangel des Intellekts zu beurteilen. Die Freiheit der Willensbetätigung ist ausgeschlossen (BGH NJW 1953, 1342; Staudinger-Coing Anm. 6 zu § 104 BGB). Ein Geschäftsunfähiger ist nicht in der Lage, allgemein zulässige Rechtsgeschäfte selbständig wirksam vorzunehmen (RGRK-Krüger-Nieland Anm. 1 zu § 104 BGB). Da die Willenserklärungen eines Geschäftsunfähigen nicht auf einer allgemeinen der Verkehrsauffassung entsprechenden Würdigung der Lebensverhältnisse beruhen, wird seinen Willenserklärungen eine rechtliche Wirkung abgesprochen. Seine rechtlichen In-

3) Staudinger-Coing Rdn. 26, 2bb vor § 116. ^{ports. S. 112}

BGB; RGRK-Krüger-Nieland Anm. 12 vor § 116 BGB;
RGZ 134, 162 (171); 108, 119 (126); BGHZ 6, 348 (351);

Gemäß § 105 Abs.1 BGB sind die Willenserklärungen eines Geschäftsunfähigen nichtig.

Nach § 105 Abs.2 BGB sind die Willenserklärungen nichtig, die im Zustande der Bewußtlosigkeit oder der vorübergehenden Störung der Geistestätigkeit abgegeben worden sind¹⁾.

Demnach ist der geschäftsfähige Beamte, dessen Willenserklärungen unter Berücksichtigung des § 105 Abs.1,2 BGB wirksam sind, in der Lage, im Zwangspensionierungsverfahren die Verfahrenshandlungen wirksam vorzunehmen. Er kann seine Rechte im Zwangspensionierungsverfahren wahrnehmen, denn seine Einwendungen und Anträge sind im Zwangspensionierungsverfahren rechtlich wirksam.

Dagegen sind die Einwendungen und Anträge eines Beamten, dessen Willenserklärungen gemäß § 105 Abs. 1 und 2 BGB nichtig sind, im Zwangspensionierungsverfahren rechtlich unwirksam, so daß er zur Wahrnehmung seiner Rechte in diesem Verfahren nicht in der Lage ist. Seine Rechte werden von seinem Pfleger als seinen gesetzlichen Vertreter wahrgenommen.

zu FuBn.2) Seite 151 :

teressen nimmt der gesetzliche Vertreter wahr.

1) Bewußtlosigkeit im Sinne § 105 Abs.2 BGB liegt schon dann vor, wenn eine derart hochgradige Bewußtseinsstörung festgestellt wird, daß der Inhalt und das Wesen einer Handlung ganz oder in einer bestimmten Richtung fehlen (RGRK-Krüger-Nieland Anm.6 zu § 105 BGB; Hoche, Gerichtliche Psychiatrie S.201; Soergel-Seydel Anm.2 zu § 105). Als Beispiele sind zu nennen epileptische Anfälle, Fieber oder Hypnose (Ermann-Westermann Anm.2 zu § 105 BGB). Bei voller Bewußtlosigkeit können Willenserklärungen überhaupt nicht abgegeben werden. Derjenige, der sich im Zustande voller Bewußtlosigkeit befindet, kann seine Rechte im Zwangspensionierungsverfahren nicht wahrnehmen. Ist bei andauernder Bewußtlosigkeit der Tatbestand des § 42 Abs.1 S.2 BBG erfüllt, so muß zur Durchführung des Verfahrens ein Pfleger bestellt werden. Die Unfähigkeit zu rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen nach § 105 I BGB ist keine Geschäftsunfähigkeit gemäß § 104 BGB (Staudinger-Coing Anm.14 zu § 105 BGB).

4. Verfassungskonforme Auslegung

Aus den oben ausgeführten Überlegungen und Schlußfolgerungen, die unter der Berücksichtigung der verschiedensten Methoden zur Auslegung und Ergänzung von Rechtssätzen dargelegt worden sind,¹⁾ ergibt sich, daß eine Pflegschaft im Zwangspensionierungsverfahren gemäß §44 Abs.1 S.2 BBG nur in dem Fall begründet ist, in dem das Maß der Einsichtslosigkeit, die Rechte in diesem Verfahren wahrzunehmen, als Geschäftsunfähigkeit, Bewußtlosigkeit oder vorübergehender Geistesstörung im Sinne §§ 104, 105 BGB zu werten ist.

Es ist demnach der Auffassung des Kammergerichts und des OLG's Hamm zu folgen.²⁾

Diese Auffassung entspricht allein dem geltenden Verfassungsrecht. Eine Pflegschaftsanordnung und der oben dargelegte Wirkungskreis eines Pflegers nach § 44 Abs.1 S.2 BBG verletzen den durch Art.1 Abs.1 und Art.103 Abs.1 GG garantierten Schutz, wenn der Pflegebefohlene geschäftsfähig ist und seine Willenserklärungen gemäß §§ 104, 105 BGB wirksam sind. Gemäß Art.103 Abs.1 GG und § 105 BGB steht jeder geschäftsfähigen Person, deren Willenserklärungen wirksam sind, das Recht zu, auf ein Verfahren, das ohne oder gegen seinen Willen mit Wirkung für und gegen ihn eröffnet wird, Einfluß zu nehmen. Wird dieser von der Teilnahme an einem solchen Verfahren gegen seinen Willen ausgeschlossen und werden seine Erklärungen in einem Verfahren als unwirksam angesehen, obgleich er rechtsgeschäftlich wirksame Willenserklärung abzugeben in der Lage ist, so wird er dadurch an der Ausübung seines Rechts auf recht-

1) Es ist die philologische, die logische, die systematische, die historische und die teleologische Interpretation berücksichtigt worden; vgl. Wolff §28 III c.

2) Vgl. Seite 94 der Arbeit; die Entscheidung des OLG

liches Gehör gehindert¹⁾. In einem solchen Fall ist er zum bloßen Objekt des Verfahrens gemacht worden. Die Herabwürdigung eines Menschen zum bloßen Objekt eines Verfahrens verletzt Art. 1 Abs. 1 GG²⁾. Die Einschränkung des Grundrechts wird auch nicht dadurch billigerwert, daß ein Pfleger als gesetzlicher Vertreter das Recht auf rechtliches Gehör für den Pflegebefohlenen wahrnimmt. Der Pflegebefohlene hat nicht die Möglichkeit, die Aufhebung der Pflegschaft nach § 44 Abs. 1 S. 2 BBG zu erreichen oder die Erklärungen des Pflegers zu beeinflussen.³⁾

Eine staatliche Maßnahme, die den Ausschluß des Rechts auf rechtliches Gehör herbeiführt, ist nur gegen einen Verfahrensbeteiligten zulässig, der geschäftsunfähig ist bzw. dessen Willenserklärungen gemäß § 105 BGB nichtig sind und dessen Rechte durch einen gesetzlichen Vertreter wahrgenommen werden.⁴⁾

Hamm erwähnt die partielle Geschäftsunfähigkeit (vgl. Seite 94 ff der Arbeit), die meist auf das Zwangspensionierungsverfahren beschränkt sein wird (vgl. § 109 der Arbeit), als Grund einer Pflegschaftsordnung. Diese Auffassung steht nicht im Widerspruch zu der Annahme, daß als weiterer Grund einer Pflegschaftsordnung nach § 44 Abs. 1 S. 2 BBG die Bewußtlosigkeit oder vorübergehende Störung der Geistestätigkeit im Sinne § 105 Abs. 2 BGB genannt wird. In beiden Fällen ist der Betroffene nicht in der Lage, wirksame Verfahrenshandlungen vorzunehmen und seine Rechte zu wahren. Hätte der Gesetzgeber in § 44 Abs. 1 S. 2 BBG nur die Geschäftsunfähigkeit im Sinne § 104 BGB als Pflegschaftsordnung gemeint, so hätte er diesen Rechtsbegriff in den Wortlaut des § 44 Abs. 1 BBG aufgenommen. Zur Wahrnehmung seiner Rechte ist jedoch auch derjenige nicht in der Lage, der gemäß § 105 Abs. 2 BGB weder selbst wirksame Verfahrenshandlungen vornehmen noch zur Wahrnehmung seiner Rechte einen Vertreter wirksam bevollmächtigen kann. Ist zu erkennen, daß die vorübergehende Störung der Geistestätigkeit sich nicht wiederholt, ist die Bewußtlosigkeit von kurzer Dauer und begründet eines der beiden Tatbestandsmerkmale die Dienstunfähigkeit nach § 42 Abs. 1 BBG nicht, so muß abgewartet werden, bis die Störung der Geistestätigkeit und die Bewußtlosigkeit vorüber und der Beamte in der Lage ist, wirksame Verfahrenshandlungen vorzunehmen und seine Rechte in diesem Verfahren zu wahren. Eine Pflegschaft nach § 44 Abs. 1 BBG kann in diesem Fall nicht angeordnet werden.

1) KG NJW 1961, 2166 (2168)

2) Lindgen § 76 II; Wintrich BayVBl. 1957, 137 (139) ;

Maunz - Dürig - Herzog Rd. 20, 36 zu

Nach dem Wortlaut bezieht sich Art.103I GG zwar auf das rechtliche Gehör vor den Gerichten. Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs gilt jedoch auch im Verwaltungsverfahren⁵⁾. Insbesondere gilt er im Verfahren nach § 44 BBG als einem prozeßähnlichen Verfahren, das die Anhörung und die Verfahrensrechte des Beamten im einzelnen regelt, §44 IV4BBG, so daß der Grundsatz des rechtlichen Gehörs so wie das Amtsermittlungsprinzip im Zwangspensionierungsverfahren eine rechtliche Ausgestaltung erfahren hat. Es bedarf daher keiner weiteren Begründung, daß Art.103 I GG im Verfahren nach § 44 BBG als ein Verwaltungsverfahren zu beachten ist.

§ 21 EVwVerfG 1963, das die Anhörung des Beteiligten im Verwaltungsverfahren vorsieht, nennt auch die Ausnahmen von dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs, wie Einhaltung einer Frist, Allgemeinverfügung oder die Eilbedürftigkeit wegen Gefahr im Verzuge oder wegen öffentlicher Interessen. Nach der Rechtsprechung sind Ausnahmen zulässig, wenn sie nach Zweck der staatlichen Maßnahme zum Schutz des Beteiligten erforderlich sind, sei es z.B. wegen der Eilbedürftigkeit der Maßnahme⁶⁾. Im Zwangspensionierungsverfahren ist der allgemeine Grundsatz einer schnellen und billigen Entscheidung hinter dem Grundsatz der Amtsermittlung zurückgetreten, und es wird eine erschöpfende und umfassende Aufklärung des Sachverhaltes als ein besonderes Ziel des Verfahrens angesehen. Nur auf diese Weise kann eine fehlerhafte Entscheidung von vornherein vermieden und der Schutz des betroffenen Beamten garantiert werden. Es würde dem Sinn und Zweck des Verfahrens widersprechen, wenn eine Pflugschaft nur zu dem Zweck angeordnet wird, um eine schnelle Entscheidung zu ermöglichen und die Zwangspensionierung dadurch zu erleichtern. Eine Ausnahme von dem Grundsatz in dem oben erwähnten Sinn kann deshalb nicht in Betracht kommen.

Art.1 Abs.1 GG; BGH NJW 1961, 1397 (1398)

3) Vgl. Seite 126/7 der Arbeit

4) BGH NJW 1961, 1397 (1398); hinsichtlich der Verhandlungsunfähigkeit oder der Verständigungsunmöglichkeit vgl. Seite 133 ff der Arbeit; S. 160, Fußn. 7

5) Maunz-Dürig-Herzog Anm. 92 zu Art. 103 GG m.w.H.

6) BGH wie zu 4) Röhl NJW 1958, 1268 (1271); Maunz-Dürig-Herzog Anm. 94 zu Art. 103 GG

Verfassungsrechtliche Bedenken, wie sie Dölle u.a.¹⁾ geltend macht, wenn gegen den 'natürlichen Willen' eines geschäftsunfähigen Gebrechlichen eine Pflegschaft gemäß § 1910 Abs.3 BGB angeordnet wird, bestehen gegenüber einer Pflegschaftsanordnung nach § 44 Abs.1 BBG nicht. Diese Einwände mögen bei einer Pflegschaft nach § 1910 Abs.3 BGB gerechtfertigt sein.

Eine Pflegschaft nach § 44 Abs.1 BBG setzt eine Einwilligung des Beamten nicht voraus, so daß aus der Rechtsnatur der Einwilligung, die nur die natürliche Willensfähigkeit voraussetzt, nichts für die Auslegung des § 44 Abs.1 BBG hergeleitet werden kann.

Eine Pflegschaft im Zwangspensionierungsverfahren ist mit der Bestellung eines besonderen Vertreters nach § 57 ZPO in einem gerichtlichen Verfahren vergleichbar. Gegen die Bestellung eines Vertreters nach § 57 ZPO werden jedoch keine verfassungsrechtlichen Bedenken erhoben.

Im übrigen sind die Verfahrenshandlungen im Zwangspensionierungsverfahren rechtsgeschäftliche Handlungen, die nur unter den Voraussetzungen der §§ 104 und 105 BGB wirksam vorgenommen werden können, wie auch in einem gerichtlichen Verfahren nach der Zivilprozeßordnung oder der Verwaltungsgerichtsordnung die Fähigkeit zu rechtsgeschäftlichen Handlungen erforderlich ist, um wirksame Verfahrenshandlungen vornehmen zu können.²⁾ Die natürliche Willensfähigkeit im Sinne der u.a. auch von Dölle vertretenen Auffassung reicht nicht aus, um die Rechte im Zwangspensionierungsverfahren durch wirksame Verfahrenshandlungen wahrnehmen zu können. Deshalb sind Art.1 Abs.1 und Art.103 Abs.1 GG nicht verletzt, wenn gegen den 'natürlichen Willen' eines Geschäftsunfähigen ein Pfleger als dessen

1) Dölle § 141 II 4; Dunz JZ 1960, 475 (478);

vgl. Seite 160, 161 Fußn. 7 der Arbeit

2) Röhl JZ 1956, 309 Fußn. 2

gesetzlicher Vertreter zur Wahrnehmung der Rechte im Zwangspensionierungsverfahren bestellt wird.

VIII Geistesschwäche im Sinne des § 6 BGB
als Grundlage einer Pflegschaftsanordnung

Es wurde bereits ausgeführt¹⁾, daß geistige Gebrechen im Sinne einer erheblichen Minderung der Geistestätigkeit eine Pflegschaftsanordnung nach § 44 Abs.1 BBG nicht rechtfertigen kann. Dabei ist unter erheblicher Minderung der Geistestätigkeit im Sinne § 1910 Abs.2 BGB nicht Geistesschwäche oder Geisteskrankheit gemeint. Neben Geistesschwäche und Geisteskrankheit wird die schwächere Form der geistigen Gebrechen mit erheblicher Minderung der Geistestätigkeit bezeichnet²⁾.

1) Vgl. Seite 127 der Arbeit

2) Geistesschwäche unterscheidet sich von der Geisteskrankheit in dem Grad der Störung der geistigen Fähigkeiten, nicht in der Verschiedenheit der Krankheitsform (RGZ 130, 71). Die geistige Fähigkeit eines Geisteskranken steht der eines 6jährigen Kindes gleich, § 104 Nr.1 BGB, während der Geistesschwache in seinen geistigen Fähigkeiten einem Minderjährigen über 7 Jahre gleichgestellt wird, § 114 BGB.

In beiden Fällen ist eine Störung der Geistestätigkeit nach den Regeln der medizinischen Wissenschaft festzustellen (Erman-Westermann Anm. 3 zu § 104 BGB). Die Entscheidung, ob Geistesschwäche oder Geisteskrankheit vorliegt, ist nach juristischen Gesichtspunkten zu treffen.

Die Geistesschwäche kann auf angeborenem oder (durch Entwicklungsstörungen) erworbenem Schwachsinn beruhen. Sie kann auch in der Entartung des Gefühls- und Trieblesbens gefunden werden und muß nicht allein in der Störung des Intellekts bestehen (RG JW 1925, 937; Staudinger-Coling Anm. 6a zu § 6 BGB).

Geistesschwäche im Sinne § 6 BGB rechtfertigt die Entmündigung, wenn die Störung der Geistestätigkeit die Angelegenheiten des gesamten Lebensbereiches

Der geistig Gebrechliche, dessen Geistestätigkeit erheblich gemindert ist, ist geschäftsunfähig. Eine Pflegschaft wegen erheblicher Minderung der Geistestätigkeit nach § 1910 Abs. 2 BGB berührt nicht die Geschäftsfähigkeit des Gebrechlichen.

Das gleiche trifft für den geistig Gebrechlichen~~zu~~, dessen Gebrechen als Geistesschwäche anzusehen ist. Dieser ist dann erst geschäftsunfähig, wenn er entmündigt ist. Solange das Entmündigungsverfahren noch nicht rechtskräftig ist, kann er nach den Vorschriften §§ 104, 105 BGB wirksame Rechtshandlungen vornehmen oder entgegennehmen¹⁾, so daß ein an Geistesschwäche erkrankter Beamter im Zwangspensionierungsverfahren in der Lage ist, wirksame Verfahrenshandlungen vorzunehmen und seine Rechte wahrzunehmen. Für ihn kann gemäß § 44 Abs. 1 S. 2 BBG kein Pfleger zur Wahrnehmung seiner Rechte bestellt werden.

erfaßt und deren Erledigung insgesamt erschwert wird, andernfalls eine Gebrechlichkeitspflege - schaft nach § 1910 Abs. 2 BGB zur Regelung einzelner Angelegenheiten angeordnet werden kann. Zur Erledigung seiner gesamten Angelegenheiten bedarf der Geistesschwache der Hilfe und des Schutzes (Erman-Böhle-Stamschräder Anm. 2 zu § 6 BGB), er ist jedoch in der Lage, mitzuwirken (Staudinger-Coing Anm. 10 zu § 6 BGB, Anm. 7 zu § 104 BGB). Der Geisteskranke ist dagegen absolut und vollständig unfähig, seine gesamten Angelegenheiten selbst zu besorgen (Staudinger-Coing Anm. 7 zu § 104 BGB). Er bedarf der Hilfe, die für ihn und an seiner Stelle tätig wird.

Mangel an Erziehung, ungenügende Kenntnisse und Unbeholfenheit entfallen als Grund einer Entmündigung, wenn sie als Ursache der Nichterledigung seiner Angelegenheiten erkannt werden (Staudinger-Coing Anm. 16 zu § 6 BGB). Als Ursache ist allein Geisteschwäche oder Geisteskrankheit festzustellen. Die Gefährdung des Vermögens oder der Eintritt eines Schadens ist nicht notwendig. Eine Entmündigung ist gerechtfertigt, wenn er seine Pflichten im Beruf, im sozialen und öffentlichen Leben nicht in vernünftiger Weise ~~gemacht~~ wird (Soergel-Siebert Anm. 6 zu § 6 BGB; RGRK-Krüger-Nieland Anm. 15 zu § 104 BGB). Der Geisteskranke ist geschäftsunfähig, ohne daß er entmündigt ist (Staudinger-Coing Anm. 8 zu § 104 BGB).

1) Staudinger-Coing Anm. 10 zu § 6 BGB, Anm. 7 zu § 104 BGB

IX Verhandlungsunfähigkeit im Strafprozeß und im Disziplinarverfahren als Grund einer Pflegerchaftsanordnung

Es wurde oben ausgeführt¹⁾, daß der Begriff 'Verhandlungsunfähigkeit' im Strafprozeß und im Disziplinarverfahren zur Auslegung der Tatbestandsmerkmale 'zur Wahrnehmung der Rechte im Zwangspensionierungsverfahren nicht in der Lage sein' herangezogen werden kann.

Die Fähigkeit, seine Rechte in einem Verfahren wahrzunehmen, ist mit der Fähigkeit, wirksame Verfahrenshandlungen in dem jeweiligen Verfahren vorzunehmen, gleichzusetzen, so daß derjenige Beamte im Zwangspensionierungsverfahren zur Wahrnehmung seiner Rechte nicht in der Lage ist, der unfähig ist im Zwangspensionierungsverfahren wirksame Verfahrenshandlungen vorzunehmen. Die Fähigkeit bzw. Unfähigkeit, rechtswirksame Rechtshandlungen in einem Verfahren vorzunehmen, ist nach der Rechtsnatur der Handlungen in den jeweiligen Verfahren zu beurteilen²⁾.

Da die Verfahrenshandlungen im Strafprozeß und im Disziplinarverfahren im Gegensatz zu denen im Zwangspensionierungsverfahren Tathandlungen und keine rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen sind, ist derjenige, der verhandlungsfähig ist, zwar in der Lage, in einem Strafprozeß oder Disziplinarverfahren wirksame Verfahrenshandlungen vorzunehmen. Damit ist jedoch über die Fähigkeit, rechtsgeschäftliche Willenserklärungen wirksam abzugeben, nichts ausgesagt; insbesondere deshalb, weil nach einheitlicher Auffassung in Rechtsprechung und Schrifttum ein Beschuldigter verhandlungsfähig sein kann, obgleich dieser geschäftsunfähig

1) Vgl. Seite 133 d. Arbeit, S. 138

2) Vgl. Seite 142 der Arbeit, S. 149 ff

und zur Abgabe rechtsgeschäftlich wirksamer Willenserklärungen nicht in der Lage ist¹⁾. Ein Geschäftsunfähiger ist in der Lage, Tathandlungen wirksam vorzunehmen, wie z.B. Besitz ergreifen oder durch Ersitzung Eigentum an beweglichen Sachen erwerben.²⁾ Ein Geschäftsunfähiger ist jedoch nicht in der Lage, im Zwangspensionierungsverfahren wirksame Verfahrenshandlungen vorzunehmen, da diese rechtsgeschäftliche Handlungen sind.³⁾

Es ist daher die Ansicht Fischbachs⁴⁾ abzulehnen, daß eine Pflegschaftsanordnung im Zwangspensionierungsverfahren nur begründet sei, wenn der Beamte verhandlungsunfähig sei.

X Verständigungsunmöglichkeit im Sinne § 1910 Abs.3 BGB als Grundlage einer Pflegschaftsanordnung nach § 44 Abs.1 BBG

Es ist oben begründet worden⁵⁾, daß § 1910 BGB nicht als materielle Vorschrift in § 44 Abs.1 S.2 BBG genannt wird und nicht die Rechtsgrundlage einer Pflegschaftsanordnung gemäß § 44 Abs.1 BBG ist, so daß schon aus diesem Grunde die Auffassung Brands⁶⁾ abzulehnen ist, eine Pflegschaftsanordnung sei nur gerechtfertigt, wenn mit dem Beamten eine Verständigung nach § 1910 Abs.3 BGB⁷⁾ nicht mehr möglich sei.

1) Vgl. Seite 133, 134 der Arbeit, Fußn. 7, S. 138 Fußn. 4

2) RGRK-Krüger-Nieland Anm. 3 zu § 104 BGB; vgl. S. 137 der Arbeit

3) Vgl. Seite 149 ff der Arbeit

4) Vgl. Seite 97 der Arbeit

5) Vgl. Seite 121 ff der Arbeit, S. 127 ff

6) Vgl. Seite 96 der Arbeit

7) Nach der hM ist eine Verständigung mit einem Gebrechlichen, der geschäftsunfähig ist, nicht möglich (RGZ 65, 199 (202); BGHZ 35, 1 (5); BVerfG FamRZ 1968, 547 (548); KG OLGZ 1967, 347 (350)).

Nach der hM ist eine Verständigung mit einem geistig Gebrechlichen ,der geschäftsunfähig ist, nicht möglich¹⁾.

Danach ist jedoch nicht der Umkehrschluß gerechtfertigt, daß jeder Gebrechliche, mit dem eine Verständigung nicht möglich ist, auch nicht in der Lage ist, rechtlich wirksame Willenserklärungen abzugeben und seine Rechte in einem Verfahren wahrzunehmen. Nicht in jedem Fall der Verständigungsunmöglichkeit liegt auch Geschäftsunfähigkeit vor. Zwar sind es seltene Ausnahmefälle, in denen mit einem Geschäftsfähigen eine Verständigung nicht möglich ist²⁾. Eine Verständigung ist auch

Demgegenüber wird die Auffassung vertreten, daß die Einwilligung in eine Pflegschaftsanordnung nach § 1910 Abs. 3 BGB keine rechtsgeschäftliche Willenserklärung sei und die Regeln über die Geschäftsfähigkeit keine Anwendung finden würden (wie zu Fußnote 1 Seite 162). Eine Einwilligung könne auch der Geschäftsunfähige verweigern und diese Weigerung sei zu beachten und könne nicht übergangen werden. Die Einwilligung sei eine reine Tathandlung, zu der auch der Geschäftsunfähige in der Lage sei (Staudinger-Engler Anm. 10, 15 zu § 1910 BGB mit weiteren Hinweisen; vgl. Fußnote 1 Seite 162).

Eine Einwilligung in eine Pflegschaftsanordnung sei erst dann nicht notwendig, wenn der Pflegebefohlene seinen Willen nicht mehr verständlich machen und ihm die Absicht und die Bedeutung der Pflegschaft nicht mehr verständlich gemacht werden könne. Die 'natürliche Willensunfähigkeit' sei festzustellen. Hier ist eine Übereinstimmung mit dem Begriff Verhandlungsunfähigkeit im Strafprozeß oder im Disziplinarverfahren zu erkennen (vgl. Seite 133 der Arbeit). Art. 2 des GG schütze nicht nur den Geschäftsfähigen und seinen rechtsgeschäftlichen Willen, sondern auch den 'natürlichen Willen' eines Geschäftsunfähigen. Deshalb würde die durch Art. 2 GG geschützte Willensfreiheit beeinträchtigt werden, wenn der 'natürliche Wille' eines Geschäftsunfähigen nicht beachtet und gegen seinen Willen eine Pflegschaft angeordnet werden würde (u.a. Dölle § 141 II 4).

Die gesetzlich vorgesehene Fürsorge für einen Geschäftsunfähigen könne gegen dessen Willen nur in einem mit besonderen Rechtsschutzgarantien ausgestatteten Entmündigungsverfahren angeordnet werden und nicht durch eine Pflegschaftsanordnung gemäß § 1910 Abs. 3 BGB. Der Fürsorgegedanke der Vorschrift § 1910 BGB müsse hinter dem Grundrecht Art. 2 GG zurücktreten, wenn der Gebrechliche noch zu einer

dann gemäß § 1910 Abs.3 BGB nicht möglich, wenn der Pflegebefohlene sich nicht verständlich ausdrücken und fremde Mitteilungen erfassen kann oder kein Verständnis für die Bedeutung der Pflegschaft hat und sich über die tatsächlichen Voraussetzungen einer Pflegschaft kein zutreffendes Bild machen kann¹⁾. Auch die auf Seite 161 genannte hM, nach der eine Verständigung mit einem Geschäftsunfähigen nicht möglich sei, verneint eine Verständigungsmöglichkeit unabhängig von der Geschäftsfähigkeit in dem Fall, in dem der Pflegebefohlene unfähig ist, die Sachlage zu erkennen, und eine zielgerichtete, 'natürliche' Willensbildung nicht festgestellt werden kann.

Die Verständigungsmöglichkeit im Sinne § 1910 Abs.3 BGB ist demnach nicht an die Fähigkeit des Pflegebefohlenen geknüpft, gemäß §§ 104, 105 BGB rechtsgeschäftlich wirksame Handlungen vorzunehmen, so daß das Tatbestandsmerkmal 'Verständigungsunmöglichkeit' nicht alle Fälle der Unfähigkeit, rechtsgeschäftlich wirksame Handlungen vorzunehmen, erfaßt. Die Fähigkeit, im Zwangspensionierungsverfahren wirksame Verfahrenshandlungen vorzunehmen und seine Rechte wahrzunehmen, setzt jedoch die Fähigkeit zu rechtsgeschäftlichen Handlungen voraus. Demnach sagt der Rechtsbegriff 'Verständigungsmöglichkeit' über die Fähigkeit zu rechtsgeschäftlichen Handlungen nichts aus.

Deshalb ist es abzulehnen, daß eine Pflegschaft im Zwangspensionierungsverfahren nur dann angeordnet werden kann, wenn mit dem Beamten eine Verständigung nicht mehr möglich ist.

zweckhaften Willensbildung fähig sei oder aufgrund seiner natürlichen Einsichtsfähigkeit in der Lage sei, die Umstände unter zielgerichteter Willensbildung zu erkennen, dieser also noch einen 'natürlichen Willen' habe (Dölle § 141 II 4).

Zu Fußnote 1) Seite 161: Vgl. Fußnote 7) Seite 160

Zu Fußnote 2) Seite 161: BGH FamRZ 1967, 620 (623)

1) Dunz JZ 1960 475 (478); Beitzke FamRZ 1960, 500; Gernhuber § 69 VI; Dölle § 141 III 4; Staudinger-Engler Anm. 10, 15 zu § 1910 BGB; RGKR-Scheffler Anm. 5, 6 zu § 1910 BGB;

E R G E B N I S des 2. Teils

1. Die Pflegschaft im Zwangspensionierungsverfahren ist eine Pflegschaft des öffentlichen Rechts.
2. Wie das Zwangspensionierungsverfahren so dient auch die Pflegschaft nach § 44 Abs.1 S.2 BBG dem Schutz des dienstunfähigen Beamten.
3. Der Antrag des Dienstvorgesetzten nach § 44 Abs.1 S.2 BBG ist Voraussetzung einer Pflegschaftsanordnung nach § 44 Abs.1 S.2 BBG
4. Die Pflegschaftsanordnung ist nur dann begründet, wenn der betroffene Beamte zur Abgabe rechtsgeschäftlicher Willenserklärungen bzw. rechtswirksamer Verfahrenshandlungen nicht in der Lage ist, §§ 104, 105 BGB .
5. Die Verfahrenshandlungen im Zwangspensionierungsverfahren sind rechtsgeschäftliche Handlungen des betroffenen Beamten, deren Wirksamkeit sich nach §§ 104, 105 BGB richtet.
6. Die Voraussetzungen einer Pflegerbestellung im Zwangspensionierungsverfahren werden weder nach den Vorschriften des § 1910 BGB, § 19 BDO noch durch die Verhandlungsunfähigkeit oder Verständigungsunmöglichkeit des betroffenen Beamten bestimmt.
7. Das Zwangspensionierungsverfahren wird gegen den Pfleger durchgeführt, und zwar mit Wirkung für und gegen den Beamten. Der Pfleger ist gesetzlicher Vertreter des Beamten und er handelt in dessen Interesse, aber nicht im Rahmen dessen Willens. Der Pfleger entscheidet allein. Der Wille des betroffenen Beamten ist unmaßgeblich. Seine Verfahrenshandlungen sind unwirksam. Ihm wird der fremde Wille einer mit Zwangsge-

walt versehenen, übergeordneten Person aufgezungen.

8. Der Pfleger ist berechtigt, jedoch nicht verpflichtet, Einwendungen gegen die Zurruhesetzung des Beamten zu erheben. Er nimmt die Interessen des Beamten gegenüber dessen Dienstherrn einseitig wahr. Er hat dabei zum Schutz des Beamten zu handeln, jedoch hat er nicht die Interessen eines selbstsüchtigen Einzelnen unter Mißachtung berechtigter Interessen anderer durchzusetzen.
9. Der Pfleger ist nicht berechtigt, die Zurruhesetzung des Beamten gemäß § 43 BBG zu beantragen und dadurch ~~einen~~ Klageverzicht auszusprechen, der den Beamten daran hindert, seine Zurruhesetzung gerichtlich nachprüfen zu lassen.
10. Die Pflegschaft ist auf die Vertretung des Beamten in diesem Verfahren beschränkt. Sie endet mit der Zustellung des Bescheides über die Versetzung in den Ruhestand. Die in dem Verfahren nach dem Gesetz der Freiwilligen Gerichtsbarkeit §§ 35 FGG festgestellte Geschäftsunfähigkeit bzw. die Unfähigkeit zu rechtlich wirksamen Verfahrenshandlungen bezieht sich allein auf das Zwangspensionierungsverfahren. Es wird meist eine partielle Geschäftsunfähigkeit festzustellen sein. Die Geschäfts- und Prozeßfähigkeit ist im Widerspruchs- oder Klageverfahren erneut zu prüfen. Es ist unter Umständen nach den Vorschriften der Verwaltungsgerichtsordnung für einen prozeßunfähigen Beamten ein gesetzlicher Vertreter zu bestellen.

LEBENS LAUF

Ich wurde als Sohn des Oberstleutnants Hans Gerhold und seiner Ehefrau Elfriede, geb. Steffens, in Iserlohn am 19.2.1940 geboren .

Mein Vater ist 1941 in Rußland gefallen.

Ich besuchte seit 1946 die Grundschule und das Gymnasium in Iserlohn, Düsseldorf und Berlin bis zur Reifeprüfung 1962. Anschließend begann ich an der Freien Universität in Berlin das juristische Studium, das ich mit dem ersten juristischen Staatsexamen im Jahre 1967 abschloß.

Nach dem juristischen Vorbereitungsdienst im Kammergerichtsbezirk legte ich das zweite juristische Staatsexamen 1971 in Berlin ab.

Seit 1968 bin ich mit Dr. Elke Gerhold-Knittel verheiratet.

Druck: Polyfoto Dr. Vogt KG
Stuttgart 1, Königstraße 51
Telefon 295681